

Fran Martins

Contratos e Obrigações Comerciais

Incluindo os contratos de representação comercial, seguro, arrendamento mercantil (*leasing*), faturização (*factoring*), franquia (*franchising*), *know-how* e cartões de crédito.

16ª edição

Atualizada por
OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA



Contratos e Obrigações Comerciais



Respeite o direito autoral

Edições Anteriores

- | | |
|----------------------------------|--------------------------------|
| 1ª edição – 1961 | 14ª edição – 1998 – 3ª tiragem |
| 2ª edição – 1969 | 14ª edição – 1999 – 4ª tiragem |
| 3ª edição – 1972 | 14ª edição – 1999 – 5ª tiragem |
| 4ª edição – 1976 | 15ª edição – 1999 |
| 5ª edição – 1977 | 15ª edição – 2000 – 2ª tiragem |
| 6ª edição – 1981 | 15ª edição – 2000 – 3ª tiragem |
| 7ª edição – 1984 | 15ª edição – 2000 – 4ª tiragem |
| 8ª edição – 1986 | 15ª edição – 2001 – 5ª tiragem |
| 9ª edição – 1988 | 15ª edição – 2001 – 6ª tiragem |
| 10ª edição – 1990 | 15ª edição – 2001 – 7ª tiragem |
| 11ª edição – 1990 | 15ª edição – 2002 – 8ª tiragem |
| 12ª edição – 1993 | |
| 13ª edição – 1995 | |
| 14ª edição – 1996 | |
| 14ª edição – 1997 – complementar | |
| 14ª edição – 1997 – 2ª tiragem | |

FRAN MARTINS
Professor Emérito na Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará

Contratos e Obrigações Comerciais

Incluindo os contratos de representação comercial, seguro,
arrendamento mercantil (*leasing*), faturização (*factoring*),
franquia (*franchising*), *know-how* e cartões de crédito.

16ª edição
atualizada por OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA



Rio de Janeiro

ÍNDICE SISTEMÁTICO

<i>Obras do Autor</i>	XXV
-----------------------------	-----

Capítulo Primeiro

DAS OBRIGAÇÕES COMERCIAIS

I

Obrigações Comerciais

1. Noção	5
2. Conceito de obrigação.	5
3. As regras do Direito Civil e as obrigações empresariais.	7
4. O Código Comercial de 1850 e a unificação das obrigações civis e comerciais	8
5. Dispositivos do Código Comercial de 1850 relativos às obrigações	9
6. Obrigações civis e obrigações comerciais	10
7. Especialização da obrigação empresarial	10
8. Elementos das obrigações: sujeito e objeto	12
9. Características dos sujeitos da obrigação:	13
<i>a)</i> Posição dos sujeitos nos negócios jurídicos	13
<i>b)</i> Sujeitos determinados e indeterminados	14
<i>c)</i> Obrigações conjuntas ou conexas	14
10. Solidariedade entre os sujeitos das obrigações	15
11. A solidariedade nas obrigações empresariais	17
12. Objeto da obrigação	18

II

Efeitos e Extinção das Obrigações

13. Posição da lei brasileira	20
14. Efeitos das obrigações.	22
15. Extinção da obrigação.	23
16. Modos de extinção das obrigações	23
<i>A) Pagamento</i>	
17. Noções gerais	23

18. Espécies de pagamento	24
a) Pagamento real	24
b) Pagamento por consignação (Código Civil, arts. 334 a 345)	24
c) Pagamento com sub-rogação (Código Civil, arts. 346 a 351)	25
d) Pagamento por imputação (Código Civil, arts. 352 a 355)	25
e) Dação em pagamento (Código Civil, arts. 356 a 359)	26
19. A consignação, sub-rogação e imputação na legislação comercial anterior ao Código Civil de 2002	26
B) <i>Novação</i>	27
20. Conceito	29
21. A novação no Código Comercial de 1850	29
C) <i>Compensação</i>	29
22. Conceito	29
23. Espécies de compensação	30
24. Requisitos da compensação legal	30
25. A compensação na legislação comparada	31
26. Compensação convencional	31
27. A compensação no Código Comercial de 1850	31
D) <i>Confusão</i>	32
28. Conceito	32
29. Diferença entre confusão e compensação	32
E) <i>Remissão</i>	32
30. Noção	33
31. A manifestação do devedor na remissão	33
32. Modos de remissão	33
33. A remissão no Código Civil de 2002	33
34. A remissão em matéria cambial e falimentar	34
F) <i>Outras modalidades previstas pelo ordenamento jurídico para a extinção das obrigações</i>	34
35. Transação e compromisso	34
36. Prescrição. Noção	35
37. Prescrição e decadência	37
38. Prazos de prescrição	38
39. Renúncia da prescrição e da decadência	45
40. Impedimentos da prescrição e da decadência	46
41. Suspensão da prescrição e da decadência	48
42. Ocorrências das causas do impedimento e suspensão da prescrição e da decadência	51
43. Interrupção da prescrição	51
44. A interrupção da prescrição	52
45. Quem pode promover a interrupção	52
46. Casos de decadência	53
46-A. Prazos decadenciais	53

Capítulo Segundo

DOS CONTRATOS COMO FONTES DAS OBRIGAÇÕES COMERCIAIS

III

Dos Contratos em Geral

47. O contrato como fonte de obrigações	59
---	----

48. Conceito de contrato	59
49. Algumas peculiaridades dos contratos celebrados no exercício da atividade empresarial	60
50. Prova dos contratos	60
51. Forma dos contratos empresariais	65
52. Interpretação dos contratos	66

IV

Da Formação dos Contratos

53. Elementos necessários à formação dos contratos	69
54. Contratos entre presentes e entre ausentes	70
55. A obrigatoriedade da proposta nos contratos entre presentes	70
56. A obrigatoriedade da proposta nos contratos entre ausentes	71
57. O momento da formação do contrato. Contratos por correspondência	72
58. O momento da conclusão do contrato por correspondência no direito brasileiro	74
59. Exceções ao sistema da expedição	74
60. Propostas a pessoas indeterminadas	76
61. Propostas para subscrições das ações ou debêntures	77
62. Contratos de adesão	79
63. Interferência do Estado nos contratos. Publicização do contrato	80
64. O lugar da conclusão dos contratos	81

V

Classificação dos Contratos

65. Interesse da classificação. Partes	82
66. Contratos consensuais e reais	83
67. Contratos unilaterais e bilaterais	84
68. Contratos gratuitos e onerosos	84
69. Contratos comutativos e aleatórios	85
70. Contratos solenes e não solenes	85
71. Contratos principais e acessórios	85
72. Contratos instantâneos e de execução continuada	85
73. Contratos "intuitu personae" ou pessoais, e contratos impessoais	86
74. Contratos típicos e atípicos	86

VI

Extinção dos Contratos

75. Noções gerais	87
76. Extinção pelo cumprimento da obrigação	87
77. Extinção do contrato pelo não cumprimento da obrigação. Resolução	87
78. Cláusula resolutiva expressa. Pacto comissório	88
79. Resolução do contrato por impossibilidade do cumprimento da Obrigação	88
80. Resolução por excesso de onerosidade	88
81. Extinção do contrato por rescisão	89
a) Rescisão bilateral. Distrato	89
b) Rescisão unilateral. Cláusula penal. Revogação. Renúncia	90
82. Rescisão e cessação do contrato	92

VII

Nulidades dos Contratos Comerciais

83. Nulidade e anulabilidade.....	93
84. Nulidade no Código Comercial de 1850 e no Reg. nº 737, de 25.11.1850	93
85. A nulidade no Código Civil.....	94
86. A nulidade dos contratos empresariais	96

VIII

Contratos no Código Comercial de 1850

87. Sistema do Código Comercial de 1850.....	97
88. Método para o estudo dos contratos empresariais	97

Capítulo Terceiro

DA COMPRA E VENDA MERCANTIL

IX

Noções Gerais

89. Conceito	101
90. A compra e venda no Código Comercial	101
91. A compra e venda no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002	103
92. Vendas com reserva de domínio	104
93. Características da compra e venda mercantil no Código Comercial de 1850.....	106
94. Histórico das compras e vendas	108
95. Classificação do contrato de compra e venda na atividade empresarial	108
96. Forma e prova do contrato de compra e venda.....	109

X

Elementos do Contrato de Compra e Venda

97. Elementos característicos da compra e venda.....	110
<i>I – Consentimento</i>	
98. A capacidade como elemento indispensável para a validade do consentimento	110
99. Defeitos da manifestação da vontade	111
1) <i>Vícios do consentimento</i>	111
a) O erro e a ignorância	111
b) O dolo	112
c) Coação	113
2) <i>Vícios sociais</i>	114
a) Estado de perigo	114
b) Lesão	114
c) Fraude	114
d) Simulação	115
100. Compra e venda entre presentes e entre ausentes.....	115
101. A capacidade nos contratos de compra e venda mercantil	116

II – Coisa

102. Os elementos específicos do contrato	117
103. Coisa e objeto do contrato.	117
104. Coisas que não podem constituir elementos essenciais dos contratos de compra e venda mercantil	119
105. Características das coisas sob o prisma do Direito Comercial	120

Espécies de coisas

106. Das várias espécies de coisas	120
a) Coisas próprias ou alheias	120
b) Coisas atuais ou futuras	121
c) Coisas corpóreas, incorpóreas e incorporadas	122
d) Coisas universais ou universalidades	122

III – Preço

107. Do preço como elemento do contrato de compra e venda	123
108. Requisitos do preço	124
109. Fixação do preço	125

XI

Modalidades da Compra e Venda Mercantil

110. Noções gerais	126
111. Modalidades da compra e venda	127

I – Compra e venda pura e simples

112. Vendas sob amostras, protótipos ou modelos	127
---	-----

II – Compras e vendas condicionais

113. Espécies de condições	129
113-A. Modalidades de compras e vendas condicionais	130

Vendas a contento

114. Noção e espécies	130
a) Vendas sob a condição de prova ou degustação	131
b) Vendas sob a condição de peso, medida e contagem	131
c) Vendas sob a condição de experimentação ou ensaio	132
d) Vendas sob a condição de exame	134

Outras espécies de vendas condicionais

115. Vendas de mercadorias em trânsito	134
116. Retrovenda e pacto comissório	134

III – Vendas a termo

117. Noção	135
118. Espécies de vendas a termo	136
a) Vendas a termo de mercadorias	137
b) Vendas de títulos nas Bolsas	137
c) Reporte	138

IV – Vendas complexas

119. Noção	139
120. Características das vendas complexas	139
121. Contrato de fornecimento	140
122. Contrato de assinatura	141

V – Vendas públicas

123. Noção	141
------------------	-----

XII

Obrigações Decorrentes do Contrato de Compra e Venda Mercantil

124. Obrigações das partes contratantes como consequência do acordo de vontades	143
<i>I – Obrigações do vendedor</i>	
125. A entrega da coisa	143
<i>a) Tradição</i>	
126. A tradição como meio de transferência do domínio	145
127. Exceções à regra de que a tradição opera a transferência do domínio das coisas comerciais	146
128. Formas de tradição	146
129. Despesas com tradição	147
130. Os riscos da coisa e a tradição	148
131. Modo, lugar e tempo da tradição	150
132. Cláusulas relativas ao transporte de mercadorias	152
<i>a) Cláusula cif</i>	152
<i>b) Cláusula fob</i>	153
<i>c) Outras cláusulas comuns referentes ao transporte de mercadorias</i>	154
<i>b) Responsabilidade pelos vícios ocultos</i>	
133. Caracterização dos vícios ocultos	154
<i>c) Responder pela evicção</i>	
134. Garantia do vendedor pela evicção	157
135. Denúnciação da lide	158
<i>d) Outras obrigações do vendedor</i>	
136. Emissão da fatura e da duplicata	159
<i>II – Obrigações do comprador</i>	
137. Principais obrigações do comprador	160
<i>a) Obrigação de pagar o preço</i>	
138. Razão da obrigação	160
139. A quem deve ser pago o preço	160
140. Tempo do pagamento	160
141. Lugar do pagamento	160
142. Modo de pagamento	162
143. Forma de pagamento	163
<i>b) Obrigação do comprador de receber a coisa</i>	
144. Tempo, lugar e modo do recebimento	163
145. Despesas e riscos com o recebimento	164
<i>c) Outras obrigações a cargo do comprador</i>	
146. Obrigação de devolver as duplicatas de fatura nas vendas a prazo	164

XIII

Alienação Fiduciária em Garantia

147. A introdução da alienação fiduciária no Direito brasileiro	166
148. O instrumento da alienação fiduciária. Requisitos	168
149. Direitos do credor	168
150. Utilidade e aplicação do contrato	169

XIV

Promessa de compra e venda

151. Noção	171
152. Orientação legislativa	171
153. Natureza jurídica	172
154. Responsabilidade das partes contratantes	174

Capítulo Quarto

TRANSPORTE DE COISAS E DE PESSOAS

XV

Princípios Gerais

155. Nota introdutória do atualizador	177
155-A. Noção	178
156. O transporte de mercadorias no Código Comercial de 1850	179
157. Legislação posterior ao Código Comercial de 1850. Estradas de ferro	181
158. Natureza jurídica	188
159. Classificação	189
160. Prova do contrato de transporte	190
161. A velha questão da comercialidade do contrato de transportes	191
162. Espécies de transportes	191

XVI

Transporte de Coisas

163. Noção	192
164. Pessoas que intervêm no contrato de transporte de coisas	192
165. Conhecimento de transporte	193
a) Histórico de conhecimento	193
b) Requisitos do conhecimento	196
c) Natureza jurídica do conhecimento	196
d) Circulação dos conhecimentos	198
166. Cláusulas modificativas do endosso	199
167. Endosso-mandato e endosso pignoratício	200
168. Responsabilidade dos endossantes	201
168-A. Conhecimento não à ordem	201

XVII

Direitos e Obrigações do Remetente, do Transportador
e do Consignatário no Transporte de Coisas

169. Obrigações dos contratantes	203
<i>I – Obrigações do remetente</i>	
a) Entrega da coisa a ser transportada	204
b) Obrigação do remetente de pagar o frete	205
c) Obrigação do remetente de bem acondicionar a mercadoria entregue para o transporte ..	206
d) Obrigação de declarar a natureza e o valor das mercadorias entregues em invólucros fechados	207

II – Obrigações do transportador

a) Obrigação de receber, transportar e entregar as mercadorias, no tempo e lugar convencionados.	209
b) Obrigação de expedir o conhecimento do frete.	210
c) Obrigação de seguir o itinerário ajustado	210
d) Obrigação de aceitar a variação de consignação	211

Responsabilidades do remetente e do transportador

I – Responsabilidade do remetente

170. Vício próprio, caso fortuito e força maior.	212
171. Outras responsabilidades a cargo do remetente	213

II – Responsabilidades do transportador

172. Responsabilidades do transportador	214
a) Perdas, furtos ou avarias nas mercadorias transportadas.	214
b) Danos relativos à entrega da mercadoria fora do prazo ajustado	214
c) Responsabilidade pelo não cumprimento das formalidades fiscais.	216
173. Prazo da responsabilidade do transportador	216
174. Cláusula de não responsabilidade	218
175. Valor da indenização	218
176. Exoneração da responsabilidade do transportador	219

Direitos e obrigações do consignatário

177. Posição do consignatário no contrato de transporte de mercadorias	220
177-A. Direitos e obrigações do consignatário.	221
178. Transporte cumulativo	222
178-A. Transporte multimodal de cargas	223

XVIII

Transporte de Pessoas

179. Noção	229
180. O transporte de pessoas na legislação comercial anterior ao Código Civil de 2002	229
181. Elementos do contrato de transporte de pessoas.	229
182. Capacidade das partes contratantes.	230
183. A bagagem do passageiro	231
184. Prova do contrato de transporte de pessoas	232
185. Nota de bagagem.	233
186. Obrigações e responsabilidades do transportador.	233
187. Obrigações e direitos do passageiro	235
188. Proibições aos passageiros	236
189. Excertos das normas do atual Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996	237

Capítulo Quinto

**MANDATO MERCANTIL, REPRESENTAÇÃO COMERCIAL,
GESTÃO DE NEGÓCIOS E COMISSÃO**

XIX

Mandato Mercantil

190. Conceito	243
-------------------------	-----

191. Sistema legal anterior ao Código Civil de 2002	243
192. O mandato no Código Civil de 2002	244
193. Caracterização do mandato	244
194. Mandato e comissão	245
195. O mandato conferido a empresário, regra geral, é oneroso	245
196. Classificação do contrato	245
197. Pessoas que intervêm no contrato de mandato	246
198. Constituição do mandato.	247
199. Forma, prova e instrumento do mandato	247
200. Espécies de mandato	249
201. Poderes do mandato	249
202. Substabelecimento do mandato.	251
203. Obrigações do mandatário	252
a) Executar o mandato	252
b) Pagar juros ao mandante	253
c) Guardar as coisas detidas em nome do mandante	253
d) Prestar contas.	253
204. Obrigações do mandante.	254
a) Responder pelos atos praticados, em seu nome, pelo mandatário.	254
b) Suprir os meios para a execução do mandato	254
c) Pagar a remuneração do mandatário	255
d) Pagar juros pelas importâncias adiantadas pelo mandatário	255
e) Ressarcir as perdas sofridas pelo mandatário com a execução do Mandato	255
205. Extinção do mandato.	256
a) A revogação dos poderes por parte do mandante	256
b) A renúncia do mandatário	257
c) A morte ou incapacidade do mandante ou do mandatário	258
d) A falência do mandatário.	259
e) Mudança de estado do mandante ou do mandatário	259
f) Terminação do prazo ou conclusão do negócio	260

XX

Representação Comercial ou Agência

206. Conceito	262
207. Sistema legal anterior ao Código Civil de 2002	263
207-A. Alterações na Lei nº 4.886	264
208. Características do contrato de representação comercial	266
209. Representação, mandato e comissão.	267
210. Profissionalização de representante	267
211. Classificação do contrato	268
212. Forma e prova do contrato	268
213. Obrigações do agente ou representante.	269
214. Obrigações do representado	269
215. Extinção do contrato de representação	270
216. Controvérsias entre representantes e representados	270

XXI

Gestão de Negócios

217. Noção	271
----------------------	-----

218. Histórico	272
219. Características	272
220. Natureza jurídica	273
221. Obrigações do gestor	274
222. Responsabilidades do gestor	274
223. Obrigações do dono do negócio	275
224. Ratificação da gestão	275
225. Desaprovação da gestão	275

XXII

Comissão

226. A comissão na legislação anterior	277
226-A. A comissão no Código Civil de 2002. Noção	277
227. Comissão e mandato	277
228. Sistema legal	278
229. Significados da palavra “comissão”	279
230. Características	279
231. Classificação	279
232. Remuneração do comissário	279
233. Forma e prova do contrato	280
234. Obrigações do comissário	282
235. Obrigações do comissário em relação ao comitente	282
236. Obrigações do comissário em relação aos terceiros	282
237. Responsabilidades do comissário	282
238. Direitos do comissário	283
239. Obrigações, responsabilidades e direitos do comitente	284
240. Comissão “del credere”	285
241. A comissão e o contrato de expedição	287
242. A comissão e o contrato de representação ou de agência	287
243. A comissão e o contrato de corretagem	288
244. A comissão e o contrato de leilão	288

Capítulo Sexto

MÚTUO, FIANÇA, PENHOR E SEGURO

XXIII

Mútuo Mercantil

245. Noção	293
246. Empréstimo, comodato e mútuo	293
247. Sistema legal	294
248. Classificação	294
249. Elementos do contrato	295
a) Transferência de domínio	295
b) Obrigação de restituição	295
250. Prazo	296
251. Forma e prova do contrato	296
252. Juros	297

Empréstimos contraídos mediante a emissão de debêntures

253. Empréstimos contraídos pelas sociedades por ações	299
254. Constituição do empréstimo	300
255. Valor dos empréstimos. Exceções	300
256. Títulos representativos do empréstimo	301
257. Garantias	302
258. Agente fiduciário dos debenturistas	303

XXIV

Fiança

259. Noção	305
260. Sistema legal anterior ao Código Civil de 2002	305
260-A. Sistema legal do Código Civil de 2002	305
261. Espécies de fiança	306
262. Caução, fiança, aval e abono	306
263. Classificação	307
264. Solidariedade entre fiador e afiançado. Benefício de ordem	308
265. Cofiadores	308
266. Sub-rogação	309
267. Forma, prova e extensão da fiança	309
268. Interpretação da fiança	309
269. Consentimento do cônjuge	310
270. Fianças de sócios	310
271. Exoneração do fiador	311
272. Morte do fiador	311
273. Extinção da fiança	311

XXV

Penhor Mercantil

274. Noção	312
275. Significados da palavra “penhor”	312
276. Sistema legal	312
277. Penhor convencional e penhor legal	314
278. Características do penhor mercantil	315
279. A tradição no penhor	315
280. Classificação do contrato de penhor	316
281. Objeto do penhor	316
282. Elementos necessários à constituição do penhor	317
283. Constituição do penhor. Enunciações do instrumento	317
284. Direitos e obrigações do credor	318
a) Direitos	318
b) Obrigações	319
285. Direitos e obrigações do devedor	319
286. Vencimento do contrato de penhor	320
287. Extinção do penhor	321

*Modalidades especiais de penhor**I – Penhor industrial*

288. Noção. Penhor censual	322
----------------------------------	-----

289. Constituição do penhor industrial cedular	323
290. Posse do objeto do penhor industrial	324
<i>II – Penhor dos produtos da suinocultura e de carnes congeladas</i>	
291. Extensão do penhor aos produtos da suinocultura	325
<i>III – Penhor agrícola e penhor do sal</i>	
292. Penhor agrícola	325
293. Penhor do sal.	326
<i>IV – Penhor de Direitos e Títulos de Crédito</i>	
294. Caução de títulos de crédito pessoal	326
<i>V – Penhor de mercadorias depositadas em armazéns gerais</i>	
295. O penhor das mercadorias depositadas em armazéns gerais e o “warrant”	327
296. Constituição do penhor nos títulos de crédito.	328
297. Penhor de veículos	329

XXVI

Seguro

298. Conceito	330
299. Divisão	330
300. Sistema legal	330
301. Sistema Nacional de Seguros Privados.	331
302. Sociedades seguradoras	332
303. Corretores de seguros	332
304. Interesse segurável e risco	333
305. Espécies de seguros.	335
306. Classificação do contrato de seguro	335
307. Constituição do seguro. Proposta	336
308. Apólice	336
309. Bilhete de seguro.	338
310. Prêmio	338
311. Obrigações do segurador e do segurado	339
312. Sinistro. Liquidação	340
313. Cosseguro	340
314. Cosseguro, resseguro e retrocessão.	341
315. Extinção do contrato de seguro.	341
316. Seguro e mutualidade	341
317. Seguro e capitalização.	342

Capítulo Sétimo

DEPÓSITO, CONTA CORRENTE E CONTRATOS BANCÁRIOS

XXVII

Depósito Mercantil

318. Noção	345
319. Sistema legal	345
320. Características.	347

321. Modalidades de depósito: depósito civil e depósito mercantil	347
322. Classificação	347
323. Prazo	348
324. Elementos do contrato de depósito mercantil	349
325. Espécies de depósito: depósito voluntário, depósito necessário e depósito judicial.	349
<i>I – Depósito voluntário ou convencional</i>	
326. Conceito	349
<i>a) Depósito regular</i>	
327. Conceito	350
328. Forma e prova	350
329. Divisibilidade do depósito	350
330. Obrigações do depositário.	351
331. Obrigações do depositante	352
<i>b) Depósito irregular</i>	
332. Conceito	352
333. Transferência da propriedade no depósito irregular	353
<i>II – Depósito necessário</i>	
334. Conceito	353
335. Depósito legal e depósito miserável	353
336. Depósito de bagagem em hospedarias	353
<i>III – Depósito judicial</i>	
337. Conceito	354
<i>Extinção do depósito</i>	
338. Casos de extinção do contrato.	354
<i>Depósito em trapiches, armazéns de depósito e entrepostos</i>	
339. Trapiches, armazéns de depósito e entrepostos.	354
340. Direitos e obrigações dos trapicheiros e administradores de armazéns de depósito.	355
341. Fiscalização.	356
<i>Depósitos em armazéns gerais</i>	
342. Conceito de armazéns gerais.	356
343. Constituição das empresas de armazéns gerais.	356
344. Peculiaridades dos armazéns gerais	357
345. Prova e prazo do depósito nos armazéns gerais	357
346. Livros especiais.	359
347. Direitos e obrigações dos armazéns e dos depositantes	359
348. Fiscalização.	360
349. Conhecimento de depósito e “warrant”	360
350. Função do conhecimento de depósito.	361
351. Função do “warrant”.	362
352. Função do conhecimento do depósito e do “warrant” unidos.	364
353. Emissão do conhecimento de depósito e do “warrant” por entidades que não armazéns gerais	364
<i>Venda pública de mercadorias depositadas</i>	
354. Salas de venda.	364

XXVIII

Conta Corrente

355. Noção	366
356. O contrato de conta corrente e a conta corrente contábil	367

357. Sistema legal	367
358. A conta corrente na legislação estrangeira	368
359. A conta corrente nos projetos brasileiros de Código Comercial	368
360. Características	369
361. Classificação do contrato de conta corrente	370
362. Forma e prova de contrato	370
363. Remessas	370
364. Efeitos da conta corrente	371
365. A cláusula “salvo-embolso”	372
366. Encerramento da conta	372
367. Extinção do contrato	373

XXIX

Bancos e Operações Bancárias

I – Empresas bancárias

368. Bancos	374
369. Função econômica dos bancos	374
370. Histórico	375
371. Reforma bancária. Criação do Banco Central do Brasil	376
a) Banco Central	378
b) Banco do Brasil	379
372. Sistema legal	380
373. Espécies de bancos	381
a) Bancos de emissão	381
b) Bancos de depósitos	382
c) Bancos de crédito móvel	384
d) Bancos de comércio exterior	384
e) Bancos agrícolas	385
f) Bancos de crédito real	385
g) Bancos de crédito industrial	386
374. Bancos e casas bancárias	387
375. Bancos e Caixas Econômicas	389
376. Bancos e cooperativas de crédito	390
377. Organização dos bancos	394
378. Liquidação extrajudicial dos bancos. Intervenção	394
379. Garantias legais aos interesses de terceiros	396

II – Operações bancárias

380. Noção	396
381. Operações passivas e ativas	397

a) Operações passivas

382. Características das operações passivas	397
383. Depósito pecuniário	397
384. Emissão de notas bancárias	398
385. Redesconto	399

b) Operações ativas

386. Características	399
387. Empréstimos	399
388. Desconto	400
389. Antecipações	400

390. Aberturas de crédito	401
391. Cartas de crédito	402
<i>III – Outras operações bancárias</i>	
392. Comércio bancário	403
393. Operações de câmbio	403
394. <i>Del credere</i> bancário	403
395. Compra de metais preciosos	404
396. Cobrança e transferência	404
397. Compra e venda de valores móveis	405
398. Depósitos em custódia e serviço de cofres individuais	405
399. Financiamento	405
400. Cheques garantidos	406

Capítulo Oitavo

ARRENDAMENTO MERCANTIL (“LEASING”), FATURIZAÇÃO (“FACTORING”), FRANQUIA (“FRANCHISING”), “KNOW-HOW” E CARTÕES DE CRÉDITO

XXX

Arrendamento Mercantil ou “Leasing”

401. Noção	411
402. Denominação	411
403. Histórico	411
404. Sistema legal	413
405. Modalidades	414
a) “Leasing” financeiro	414
b) “Lease-back” ou “leasing” de retorno	415
406. “Leasing” operacional. “Renting”	416
407. Categorias de “leasing”: “leasing” mobiliário ou de equipamento e “leasing” imobiliário ..	417
408. O “leasing” como operação financeira	418
409. A constituição do “leasing”	418
410. Partes contratantes	419
411. Natureza jurídica	419
412. Classificação	419
413. Obrigações do arrendador e do arrendatário	420
414. Extinção do arrendamento mercantil	420
414-A. Regulamentação do arrendamento mercantil	420

XXXI

Faturização ou “Factoring”

415. Conceito	425
416. Histórico	426
417. O “factoring” antigo e o moderno	427
417-A. Regulamentação do “factoring” no Brasil. Natureza do contrato	427
418. A faturização como técnica financeira e de gestão comercial. Sua Utilidade	432
419. Elementos pessoais	432

420. Modalidades de faturização. Faturização interna e exterior. Faturização convencional e no vencimento.	433
421. Formação do contrato. Classificação	434
422. Cláusulas essenciais e cláusulas facultativas	434
423. As operações de faturização. Contas aprovadas e não aprovadas.	434
424. Relações entre o faturizador e o faturizado.	435
425. Relação entre o faturizador e o comprador.	436
426. Relações entre o comprador e o faturizado.	436
427. Obrigações e direitos do faturizador.	436
428. Obrigações e direitos do faturizado	436
429. Obrigações e direitos do comprador.	437
430. Extinção do contrato	438
431. A faturização e a prestação de serviços.	438

XXXII

Franquia ou "Franchising"

432. Origem	439
433. Conceito	440
434. Elementos da franquia. Comercialidade	441
435. Objeto da franquia.	441
436. Características da franquia	442
437. Como se opera a franquia. Onerosidade do contrato	442
438. Natureza jurídica.	445
439. Classificação	445
440. Cláusulas contratuais	446
441. Preço dos produtos franqueados	448
442. Extinção do contrato	448

XXXIII

"Know-how"

443. Significado da expressão "know-how"	450
444. Noção de "know-how"	450
445. "Know-how" e contrato de "know-how"	452
446. Elementos do "know-how"	452
447. "Know-how" e assistência técnica	453
448. Natureza jurídica do "know-how". Valor económico. Proteção.	453
449. Transferência de "know-how"	454
450. Modalidades de transferência	454
451. Natureza jurídica do contrato de "know-how"	455
452. Formação do contrato. Fases.	455
453. Extinção do contrato	457
454. "Know-how" e direito fiscal	457

XXXIV

Cartões de Crédito

455. Noção	458
------------------	-----

456. Evolução	459
457. Elementos do sistema: emissor, titular e fornecedor.	460
458. Emissão e utilização dos cartões de crédito	461
459. Espécies de cartões de crédito.	463
a) Cartões de credenciamento	463
b) Cartões de crédito verdadeiros ou <i>stricto sensu</i>	464
I) <i>Cartões de crédito não bancários</i>	
a) Relações entre o emissor e o titular.	466
b) Relações entre o emissor e o fornecedor.	467
c) Relações entre o titular e o fornecedor	468
II) <i>Cartões de crédito bancários</i>	
460. Elementos do sistema. Relações	469
461. Mecanismo dos cartões de crédito bancários	469
462. Natureza dos cartões de crédito bancários	470
463. Extinção do contrato	471
464. Cartões de crédito e prestação de serviços	471
465. Os cartões de crédito como fatores da inflação.	471
466. Regulamentação legal dos cartões de crédito	471
467. Cartão de crédito internacional.	472
Apêndice	473
Lei nº 7.132, de 26.10.1983	473
Lei nº 8.420, de 08.05.1992	476
Índice Alfabético e Remissivo	479

OBRAS DO AUTOR

- *Da Natureza Jurídica do Espaço Aéreo*. Fortaleza, 1947.
- *Da Caracterização e da Declaração Judicial da Falência*. Fortaleza, 1953.
- *Dos Efeitos Jurídicos da Falência*. Fortaleza, 1953.
- *Da Classificação das Sociedades Comerciais*. Fortaleza, 1954.
- *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro*. Fortaleza, 1955.
- *Das Sociedades de Responsabilidade Limitada no Direito Estrangeiro*. Imprensa Universitária do Ceará, 1956.
- *Curso de Direito Comercial*. 1ª ed., Imprensa Universitária do Ceará, 1957; 32ª ed., Forense, 2009.
- *Contratos e Obrigações Comerciais*. 1ª ed., Forense, 1961; 16ª ed., Forense, 2010.
- *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro e Estrangeiro*. 2 v., Forense, 1960.
- *Títulos de Crédito*. 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, vol. único (atualizadores: Joaquim Penalva Santos e Paulo Penalva Santos).
- *O Cheque segundo a Nova Lei*. 1ª ed., Forense, 1986; 2ª ed., Forense, 1987.
- *Cartões de Crédito – Natureza Jurídica*. 1ª ed., Forense, 1976; 2ª ed., Forense, 1988.
- *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, vol. único (atualizador: Roberto Papini; colaborador: David Gonçalves de Andrade Silva).
- *Pareceres de José de Alencar*. Em colaboração com o prof. Luiz Cruz de Vasconcelos. 1ª ed., Arquivo Nacional, 1960; 2ª ed., “Fundação Raul Barbosa”, Fortaleza, 1985.
- *Direito Societário*. 1ª ed., Forense, 1984.
- *Novos Estudos de Direito Societário*. 1ª ed., Ed. Saraiva, 1988.
- *Ações Escriturais e sua Negociação no Direito Brasileiro*. Coimbra, 1989.

INTRODUÇÃO

Senti-me honrado com o convite e a confiança da família de Fran Martins e da Editora Forense para atualizar esta obra.

Nos poucos minutos transcorridos entre o recebimento do convite e a minha aceitação, um furacão de lembranças e emoções turbilhonou na minha cabeça. Só depois de empenhar a minha palavra de maneira imediata e impulsiva procurei compreender e ordenar esse turbilhão.

Aprendi muito com os livros de Fran Martins, o então distante e conceituado Professor Emérito da Universidade Federal do Ceará.

Recém-formado em Direito, em viagem de férias a Fortaleza, senti enorme vontade de conhecê-lo pessoalmente. Jovem e inexperiente, cheguei ao portão de sua magnífica casa, no bairro de Aldeota, sem me anunciar previamente. Encontrei-o sentado à beira da piscina, no meio de um jardim florido e cercado de coqueiros, redigindo um de seus brilhantes pareceres. Recebeu-me de maneira tão acolhedora e calorosa que me cativou imediatamente. Senti-me uma espécie de filho pródigo, que retorna ao lar paterno.

Quando apresentei a minha tese de doutoramento, fiquei desejando intensamente que Fran Martins participasse da banca. E senti enorme frustração ao saber que ele não fora convidado.

Alguns anos depois, já professor, participei juntamente com ele de algumas bancas de defesa de tese e de concurso para professores de diferentes Universidades. Nos encontros sociais, impressionaram-me a sua serenidade, os modos cordiais e a simplicidade característica dos grandes homens. Nas bancas, impressionavam-me a sua seriedade, a perspicácia, a acuidade das arguições e, sobretudo, a forma polida e humana de criticar sem ofender e magoar o candidato.

Tudo isso turbilhonava na minha cabeça. Mas não é só.

Naquele turbilhão também achava-se presente fragmento de livro de Schopenhauer, uma crítica àqueles que cometem a impertinência de, ao mesmo tempo, corrigir e reelaborar seus autores, seguida desta recomendação: "Escreva seus próprios livros dignos de serem traduzidos [ou revisados] e deixe outras obras como elas são."

Analisado o turbilhão e já preso pela minha palavra empenhada, pus-me a reler a obra a ser atualizada e percebi que deveria procurar manter-me fiel ao estilo do autor, que se caracteriza pela clareza, precisão, objetividade, e pela preocupação didática.

Osmar Brina Corrêa-Lima

Capítulo Primeiro
DAS OBRIGAÇÕES COMERCIAIS

DAS OBRIGAÇÕES COMERCIAIS

1. Noção – Muitas vezes, em virtude de um acordo de vontades, pela prática de um ato ilícito ou mesmo pela manifestação unilateral de sua própria vontade, a pessoa se obriga a dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Essa obrigação, uma vez assumida, toma sentido jurídico e constitui, daí por diante, um ônus cujo cumprimento não deverá deixar de ser realizado. Se, por acaso, tal acontecer, o indivíduo que a assumiu será passível de medidas destinadas a ressarcir os danos ou prejuízos causados por ditos compromissos.

A parte do direito que trata dessa matéria tem o nome de *direito das obrigações*. Estuda ele o conteúdo do compromisso – *obrigação*, na terminologia jurídica – assumido pelo indivíduo, a sua formação, os modos como pode ser satisfeito, o tempo de sua duração. Penetrando em sua essência, põe em contato as pessoas que estão ligadas em virtude desse vínculo, procurando situar a posição de umas em frente às outras.

Em princípio, esse direito é de caráter geral e, desse modo, afeta os empresários e os não empresários: por tal razão diz-se que é um *direito comum*, com regras de caráter amplo e inespecífico. Dadas, entretanto, as características próprias das atividades empresariais, muitas vezes as regras gerais sofrem o impacto da realidade empresarial e são a ela amoldadas. Por isso, aqui trataremos das *obrigações* em geral encaradas, contudo, em função das peculiaridades da atividade empresarial, pois apenas a esse enfoque um pouco diferenciado se limita, hoje, a diferença entre *obrigações não empresariais* e *obrigações empresariais*.

2. Conceito de obrigação – Inúmeros autores têm procurado expressar, em poucas palavras, o sentido jurídico da *obrigação*. Sempre que tal acontece, surgem reparos, apontando defeitos ou lacunas.

Segundo as *Institutas*, “a obrigação é um vínculo de direito, que nos adstringe rigorosamente a pagar alguma coisa, segundo o nosso Direito Civil”.¹ Críticas são

1 *Inst.*, 3, XIII, trad. de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, in *Manual de Direito Romano*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1951, vol. II.

feitas a essa definição, especialmente no que se refere à parte relativa ao objeto da obrigação.²

Para Pothier, é a obrigação “um vínculo de direito que nos subordina a respeito de outrem a dar-lhe alguma coisa ou a fazer ou não fazer alguma coisa”.³ Enneccerus a conceitua como sendo o direito de crédito “que compete a uma pessoa, o credor, contra outra pessoa determinada, o devedor, para a satisfação de um interesse, digno de proteção, que tem o primeiro”.⁴ Dernburg define as obrigações como “relações jurídicas, consistentes no dever de uma prestação, tendo valor patrimonial, do devedor ao credor”.⁵ Por sua vez, Théo Guhl a conceitua como sendo “a relação jurídica existente entre duas ou várias pessoas, das quais uma é obrigada a fazer uma prestação que a outra pode exigir”.⁶ E para Von Thur “dá-se o nome de obrigação à relação jurídica estabelecida entre duas ou mais pessoas, em virtude da qual uma delas – o devedor, *debitor* – se constitui no dever de entregar à outra – o credor, *creditor* – uma prestação”.⁷

Entre nós, Clóvis Beviláqua definiu a obrigação como “a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão”.⁸ Essa definição foi criticada por Lacerda de Almeida, para quem a obrigação é “o vínculo jurídico pelo qual alguém está adstrito a dar, fazer ou não fazer alguma coisa”.⁹ Para Serpa Lopes as obrigações “são relações jurídicas, consistentes num dever de prestação do devedor ao credor”.¹⁰ E Carvalho de Mendonça a tem como “a relação jurídica, de caráter patrimonial, mediante a qual a pessoa que assume a qualidade de devedor é vinculada a uma prestação para com outra pessoa, o credor”.¹¹

A análise dessas ou de outras definições, que também foram formuladas por eminentes mestres de direito, talvez se torne desnecessária, em um livro de caráter elementar, em virtude de pecarem muitas apenas pelo emprego de termos inadequados ou conceitos restritivos. O essencial será a apreensão do sentido dessas definições, para que se tenha uma ideia mais ou menos completa do que constitua a obrigação. Esse sentido será facilmente compreendido se considerarmos que a obrigação é a consequência de um ato nascido da vontade de uma ou mais pessoas,

2 Cf. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Liv. Ed. Freitas Bastos, 1952, vol. 2, nº 2.

3 Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Atalaya, 1947, p. 7.

4 Ludwing Enneccerus, *Derecho de Obligaciones*, Liv. Bosch, 1933, vol. I, § 1º, p. 1.

5 Arrigo Dernburg, *Diritto delle Obbligazioni*, Turim, 1903, § 1º, p. 1.

6 Théo Guhl, *Le Droit Fédéral des Obligations*, trad. de René Des Gourres, Zurique, Ed. Polygraphiques S.A., 1947, p. 25.

7 A. Von Thur. *Tratado de las Obligaciones*, Madri, Ed. Reus, 1934, t. I, p. 1.

8 Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Liv. Ed. Freitas Bastos, 1940, p. 14.

9 Lacerda de Almeida, *Obrigações*, 2ª ed., § 1º.

10 Cf. Serpa Lopes, ob. cit., p. 12.

11 Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 1ª parte, nº 258.

ou que viole a lei ou os bons costumes. Em virtude desse ato, alguma ou algumas pessoas ficam no dever de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outro ou de outros.

Assim, quando alguém, em decorrência de ato anterior, se constitui no dever de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem, a relação jurídica existente entre essas duas pessoas, que constrange a primeira a realizar a prestação e faculta a segunda a exigí-la, tem o nome de *obrigação*.

3. As regras do Direito Civil e as obrigações empresariais – Regem a matéria das obrigações, de modo geral, as normas do Código Civil de 2002. De fato, os princípios relativos a esse vínculo, que faz com que a pessoa se veja constrangida a dar, fazer ou não fazer alguma coisa a favor de outrem, são regras comuns, do âmbito do direito comum – e, portanto, aplicáveis a todas as pessoas –, que é o Direito Civil. Antes da unificação do Direito Obrigacional pelo Código Civil de 2002, Valdemar Ferreira¹² já assinalara o seguinte: “não difere, com efeito, essencialmente, a obrigação comercial da civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma”: É assim porque, “em verdade, o comerciante outro não é senão a mesma pessoa, natural ou jurídica, apta para o exercício de direitos e obrigações de ordem privada, a praticar, habitual e profissionalmente, a atividade mercantil”. Isso já significava que a distinção essencial entre o comerciante e o não comerciante era a atividade *profissional*. Enquanto aquele tinha por profissão o exercício de atos de intermediação, com intuito de lucro, o não comerciante não exercia essas atividades de maneira profissional. E por tal razão possuía o comerciante regras jurídicas próprias para o exercício de sua atividade profissional – regras que constituem o *Direito Comercial* –, enquanto que os não comerciantes tinham as suas atividades regidas pelo *direito comum*, isto é, o *Direito Civil*.

No tocante às *obrigações*, entretanto, não há regras próprias para os que exercem profissionalmente atividades empresariais e os que não as exercem. Se bem que o *Direito Comercial* –, o direito que regula as atividades profissionais dos empresários – e o *Direito Civil* – o direito que regula as atividades dos não empresários ou dos que são empresários, quando estiverem estes a praticar atos que não sejam próprios de sua profissão – sejam dois ramos diversos do Direito Privado, as regras legais concernentes às obrigações são comuns a empresários ou não. Ou, como sentenciava Valdemar Ferreira,¹³ antes da vigência do Código Civil de 2002, “não é o Direito Civil... direito comum a comerciantes e não comerciantes. O que a uns e outros é comum é o Direito das Obrigações”.

Com a adoção de apenas um código para regular atividades de comerciantes e não comerciantes, os comerciantes deixaram de ser conhecidos como tais para, em seu lugar, serem caracterizados os *empresários*. A empresa é a unidade de capital e trabalho organizada para fins econômicos. *Empresários* são as pessoas que

12 Valdemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, 4ª ed., vol. 3, t. I, p. 6.

13 Valdemar Ferreira, ob. e vol. cit., p. 6.

exercem “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (Código Civil de 2002, art. 966, *caput*).

Embora se tenha tentado fazer uma unificação completa, o Código Civil de 2002 manteve algumas significativas distinções entre aqueles que exercem “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”. Eis as principais distinções: **A)** “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, parágrafo único); **B)** tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para alguns empresários: “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes” (art. 970); **C)** tratamento diferenciado quanto à inscrição no Registro Público: **a)** “o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro” (art. 971); **b)** a sociedade cooperativa é tratada no Livro do Direito de Empresa, que deixa ressalvada a legislação especial sobre ela (art. 1.093), não é empresária (art. 982, parágrafo único), mas deve inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 32, II, *a*, da Lei nº 8.934, de 18.11.1994).

Tanto os indivíduos como os empresários assumem obrigações. Neste caso, as regras aplicáveis a essas obrigações são comuns, consistentes da lei única que uniformiza o Direito Privado.

Como se vê, mesmo no sistema de unificação do direito privado não deixam de existir atividades que chamávamos, no direito tradicional, de comerciais e não comerciais, como, aliás, já fora assinalado na doutrina.¹⁴ Agora, já na vigência do Código Civil de 2002, passaremos a usar a denominação de atividades *civis* e *empresariais*, donde algumas vezes mencionarmos as expressões *obrigações empresariais*, *contratos empresariais* e *contratos civis* (não empresariais) etc.

4. O Código Comercial de 1850 e a unificação das obrigações civis e comerciais – O próprio Código Comercial de 1850 já consagrava essa unificação das obrigações civis e comerciais. O Título V da 1ª parte do Código Comercial de 1850 tem por epígrafe “Dos Contratos e Obrigações Mercantis”. E o art. 121 estatui que “as regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”.

Deve-se, contudo, considerar, como já fora assinalado por Carvalho de Mendonça,¹⁵ que, ao mencionar *contratos*, quis o Código Comercial de 1850 referir-se a *obrigações*. E explica Carvalho de Mendonça que assim procedeu o Cód-

14 Cf. G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Torino, Utet, 1972, nº 6, pp. 13 e segs.

15 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 254.

digo em virtude de haver-se inspirado, nessa passagem, no Código Civil francês, cujo art. 1.101, procurando definir o contrato, não o fez, apenas indicando o objeto da obrigação. De fato, aquele artigo declara que “o contrato é uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, para com uma ou várias outras, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa”. Mas, como se sabe, o contrato não é isso: é um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir relações jurídicas patrimoniais.¹⁶ Esse acordo de vontades antagônicas é que gera as obrigações. Assim, em virtude de um contrato é que uma pessoa pode constituir-se no dever de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem. Do *contrato*, ou acordo de vontades, nasce, assim, a *obrigação* de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem.

5. Dispositivos do Código Comercial de 1850 relativos às obrigações – O Código Comercial de 1850 possui vários dispositivos referentes às obrigações. Normalmente, tais dispositivos deveriam constar da lei civil, já que o direito das obrigações já era comum a comerciantes e a não comerciantes. Havia, contudo, motivos que justificavam a inclusão dessas regras no Código Comercial de 1850.

Em primeiro lugar, ao ser o Código Comercial de 1850 promulgado, não possuíamos ainda um Código Civil, como aconteceu na França, em que a codificação civil foi anterior à comercial. Regiamo-nos, nessa época, pelas Ordenações e leis esparsas de Portugal e do Brasil-Império. Sendo elaborado um Código Comercial, natural era que fossem no mesmo incluídas regras jurídicas que não constavam da nossa desordenada legislação civil de então.

Em segundo lugar, apesar de ser o direito das obrigações um só, tanto para os civis como para os atos de natureza comercial, inegável é que, nas obrigações comerciais, muitas vezes os usos e costumes do comércio introduziram inovações dignas de nota. O próprio art. 121 do Código Comercial de 1850 estabelece que às obrigações comerciais se aplicam as regras e disposições do Direito Civil, “com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. Assim, a lei não apenas reconhecia como aceitava essas modificações e restrições. E, por se tratar de normas específicas relativas ao comércio, natural é que fossem compreendidas na lei comercial.

Referiam-se, de modo geral, às obrigações e aos contratos comerciais os arts. 121 a 139 do Código Comercial de 1850. A partir do seu art. 140 encontramos regras especiais para alguns tipos de contratos. Os arts. 428 a 456, que constituíam os Títulos XVII e XVIII da Primeira parte do Código Comercial de 1850, também diziam respeito às obrigações. O primeiro desses Títulos, nº XVII, que compreendia os arts. 428 a 440, tratava dos modos por que se dissolviam e extinguíam as obrigações comerciais, e o segundo, de nº XVIII, que ia dos arts. 441 a 456, continha normas relativas à prescrição.

A leitura e aplicação dos dispositivos do Código Comercial de 1850 que se referiam às obrigações comerciais deviam ser feitas com cuidado. Necessário era

16 Cf. Código Civil italiano, de 1942, art. 1.321.

ao estudioso averiguar onde havia uma regra geral e onde se tratava de uma norma modificadora dessa regra, específica do Direito Comercial. Em princípio, as normas de caráter geral deviam ser interpretadas de acordo com os dispositivos então vigentes do Direito Civil, já contidos no Código Civil de 1916, já legislados posteriormente a este. Só as regras que modificavam a norma geral é que deviam prevalecer para aplicação específica ao Direito Comercial.

6. Obrigações civis e obrigações comerciais – Esse fato nos leva a indagar se realmente existem obrigações civis e obrigações empresariais. Já Carvalho de Mendonça¹⁷ notara ser comum a expressão *obrigação comercial* no sentido de *contrato comercial*. Inegavelmente, a obrigação é uma só, sendo diversos apenas os atos que deram lugar ao nascimento dessa obrigação. Podiam esses atos ser de natureza civil ou de natureza comercial. Quando de natureza civil, dizia-se, comumente, que as obrigações deles decorrentes eram *obrigações civis*; quando comercial, chamava-se a consequência do ato de *obrigação comercial*.

Deve-se, desse modo, entender a expressão *obrigação empresarial* como sendo a obrigação que resulta de um ato de natureza *empresarial*; *civil* será a obrigação resultante de um ato de natureza *civil* (*não empresarial*).

7. Especialização da obrigação empresarial – Se, em regra geral, a obrigação é uma só, decorra de atos de natureza civil ou empresarial, inegável é que as resultantes dos atos empresariais sofrem a influência deles e, por isso mesmo, em determinados aspectos divergem das obrigações *civis*. Sabe-se que o Direito Comercial tem características próprias, que retratam justamente o dinamismo do comércio, em contraste com a posição conservadora, de certo modo estática, dos atos de natureza civil. Assim, enquanto o Direito Civil é um direito tradicional, preso a antigas regras, de lenta evolução, o Direito Comercial, para atender às exigências do desenvolvimento do comércio, é um direito que se renova a cada instante, prescindindo, quando necessário, de fórmulas solenes, adaptando-se ao progresso e, de certa forma, procurando acompanhar as contingências econômicas dos diversos povos. E por que as relações comerciais exigem prontas soluções para fatos que surgem a cada momento, o direito mercantil procura dar ao empresário maior elasticidade de ação, mais ampla liberdade, mais facilidade para que os casos surgidos sejam resolvidos com a rapidez que as transações empresariais requerem.

Caracteriza-se, assim, o Direito Comercial, como já anteriormente assinalamos,¹⁸ pela *simplicidade* de suas fórmulas, pela *internacionalidade* de suas regras e institutos, pela *rapidez* de sua aplicação, pela *elasticidade*¹⁹ dos seus princípios e também pela *onerosidade* de suas operações. Neste sentido, distan-

17 Carvalho de Mendonça, ob. e vol. cit., nº 258, *in fine*, nº 1.

18 *Curso de Direito Comercial*, nº 8.

19 Sobre a *elasticidade* ou *flexibilidade* do direito comercial, v. o admirável estudo do Dr. Bernard Saintourens, da Universidade de Bordeaux I, “La Flexibilité du Droit des Sociétés”, em que aprecia profundamente o caráter flexível das sociedades comerciais, na *Rev. Trim. de Droit Commercial et de Droit Economique*, 40º ano, nº 4, out.-dez. 1987, pp. 457 a 494.

cia-se grandemente o Direito Comercial do Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito.

Esses princípios característicos, necessários para que o Direito Comercial possa acompanhar a permanente evolução da atividade empresarial, não poderiam deixar de se refletir nas obrigações resultantes dos contratos empresariais. Estes e aquelas, em muitos casos, fogem à regra geral prescrita no Direito Civil para adotar soluções próprias, condizentes com os atos de que se originaram, de natureza empresarial.

Assim, por exemplo, as obrigações resultantes dos atos de natureza cambiária, refogem, em muito, às normas estatuídas pela legislação civil. Como esclarecia Valdemar Ferreira, “destinada a obrigação mercantil a facilitar o problema circulatório da riqueza, não podia, em geral, acomodar-se às formas hieráticas e solenes dos contratos civis. Nem o processo, para torná-las eficazes, poderia ser amplo e severo como o civil”.²⁰ A simples assinatura de uma pessoa em uma letra de câmbio dá-lhe responsabilidade solidária pelo pagamento de referida letra, sem que lhe seja permitido indagar se a origem desse título foi ou não revestida das formalidades legais. Ainda mesmo que o título seja imediatamente transferido a terceiro, perdura a obrigação daquele que o possui e nele apôs o seu nome.

Também os usos e costumes influenciam a obrigação que resulta de ato empresarial. Se, por acaso, em determinada praça de comércio há um costume geralmente seguido por todos os empresários, esse costume influi sobre a obrigação empresarial, fazendo com que esta a ele se adapte, muito embora não esteja o uso amparado pela lei ou, mesmo, aparentemente, esteja contra os princípios da lei. É, por exemplo, o caso do cheque visado, que alguns autores acreditavam não ser permitido em face de não o haver mencionado a lei que regulava a emissão e circulação dos cheques (Lei nº 2.591, de 07.08.1912) e que, entretanto, era de prática constante no comércio e aceito como uso em algumas praças do País.²¹ O “visto” no cheque cria, nessas praças, obrigações que não poderiam, de modo algum, ficar sujeitas às regras gerais que regulam as obrigações decorrentes de atos de natureza civil.

20 Valdemar Ferreira, ob. e vol. cit., p. 7.

21 Praça de São Paulo, reg. de 09.08.1927; Rio de Janeiro, assento de 22.12.1950. V., sobre o assunto, Válder de Alencar, *Do Cheque Visado*, tese, Teresina, 1953; J. Caldas Coni, *O cheque Visado*, Universidade da Bahia, 1957.

Com o Dec. Executivo nº 57.595, de 07.01.1966, que promulgou as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de cheques, foi introduzida em nosso direito referida Lei Uniforme sobre cheques, resultante da Convenção de Genebra de 19.03.1931, revogada, assim, a Lei nº 2.591, de 07.08.1912, entre nós regulava esse instituto.

Tendo o Brasil feito reserva ao art. 6º do anexo II da referida Convenção, que faculta às Altas Partes Contratantes “admitir que o sacado inscreva sobre o cheque uma menção de certificação, confirmação, visto ou outra declaração equivalente”, e regular os seus efeitos jurídicos, desde que tal menção não tenha o efeito de aceite – nada impedia que os usos comerciais registrados a respeito do visto no cheque continuassem em vigor. Atualmente, o cheque visado é admitido pela nova lei brasileira sobre o cheque, nº 7.357, de 02.09.1985, art. 7º.

V. nosso *O Cheque, segundo a Nova Lei*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 95 e segs.

Evidentemente, apesar de ser uma só a obrigação, decorra de ato de natureza civil ou empresarial, e, assim, regulada, em princípio, pelas normas do Direito Civil, as obrigações empresariais, dadas as características próprias do Direito Empresarial, sofrem a influência deste e, em certos casos, se afastam daquelas regras gerais. Tal a razão, como já frisamos acima, por que aqui nos referimos sempre às *obrigações empresariais*.

8. Elementos das obrigações: sujeito e objeto – Sendo a obrigação a relação jurídica que faz com que alguém se constitua no dever de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem, fácil será compreender que, para existir a obrigação, necessário é que haja pelo menos duas pessoas – a que assume o dever de dar, fazer ou não fazer alguma coisa e a em favor de quem tal coisa será realizada. Também indispensável é que haja uma *prestação*, que é, aqui, o que a pessoa se obrigou a realizar em favor da outra. São esses os elementos necessários da obrigação, as pessoas constituindo os *sujeitos* da mesma e a prestação constituindo o *objeto*.²²

Estão os sujeitos da obrigação, como se vê, em posição antagônica: um se situa como beneficiário e o outro como o que tem o dever de realizá-la. Aquele que é o beneficiário, isto é, em favor de quem a prestação deve ser feita, é o sujeito *ativo* e toma, na relação jurídica, o nome de *credor*; o que se obriga a realizar a prestação é o sujeito *passivo* e tem o nome de *devedor*.

Como consequência dessa posição tomada pelos sujeitos da obrigação na relação jurídica, o *credor* tem o direito de exigir do devedor que a prestação seja feita; o *devedor*, por sua vez, tem o dever de cumprir a prestação, e, se não o fizer espontaneamente, poderá ser compelido a isso.

Quanto ao segundo elemento da obrigação, o seu *objeto*, consiste ele na prestação que o devedor se obriga a realizar em favor do credor. É assim, o objeto, o ato que o sujeito passivo da obrigação deve realizar ou abster-se de realizar em favor do sujeito ativo. Denomina-se, por isso, o objeto da obrigação de *prestação*, compreendida essa palavra como o ato de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

22 Na obrigação por ato unilateral da vontade há duas pessoas, uma que assume o dever de realizar a prestação e outra em favor de quem a prestação será realizada. Antes de entrar em vigor, entre nós, a Lei Uniforme relativa a Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada em Genebra em 06.06.1930, essa segunda pessoa, na cambial, podia ser *indeterminada*, se a letra fosse passada *ao portador*, como, expressamente, permitia a Lei brasileira nº 2.044, de 31.12.1908, art. 1º, IV; hoje, contudo, introduzida, no Brasil, a Lei Uniforme, pelo Dec. Executivo nº 57.663, de 24.01.1966, não podem mais ser entendidas letras de câmbio *ao portador* (art. 1º, nº 6, da Lei Uniforme). Como, entretanto, ainda são admitidos títulos de crédito *ao portador* – o cheque, por exemplo –, pode ser criado um título de forma cambiária com *apenas um* sujeito da obrigação *determinado*, como é o caso do emitente do cheque ao portador. No Direito Civil, caso típico da obrigação que nasce apenas com um sujeito conhecido é a promessa de recompensa de que trata o Código Civil, art. 1.512. O sujeito *ativo*, aquele que faz jus à recompensa, só será determinado em época posterior ao nascimento da obrigação. Outros casos de sujeitos indeterminados nas obrigações são os de ofertas públicas, vendas por meio de anúncios, vendas em leilões etc.

Justamente por consistir a prestação em dar, fazer ou não fazer alguma coisa pode-se dividi-la em dois grupos distintos: *prestações positivas*, que são aquelas em que o devedor deve *dar* ou *fazer alguma coisa* em favor do credor; e *prestações negativas*, que são as em que o devedor, em vez de assumir o dever de dar ou fazer alguma coisa, assume o de *não fazer*, isto é, de *abster-se da realização* de tal coisa. Comumente às prestações *positivas* dá-se simplesmente o nome de *prestação*, enquanto que as negativas são denominadas de *abstenção*.²³ O Código Civil de 2002, ao tratar das prestações de dar, fazer e não fazer (Parte Especial, Livro I, Título I), trata-as como *modalidades das obrigações*, mostrando, assim, que o objeto da obrigação, a *prestação*, confunde-se com o próprio vínculo a ligar o devedor ao credor, que é, em essência, a obrigação.²⁴

9. Características dos sujeitos da obrigação

a) Posição dos sujeitos nos negócios jurídicos

Indispensável é, como vimos, para que surja uma obrigação, que haja os sujeitos da mesma, ativo e passivo, credor e devedor, pois é da relação jurídica entre ambos existente que nasce o vínculo obrigacional.

Várias considerações, entretanto, podem ser formuladas a respeito dos sujeitos ativo e passivo das obrigações. Em primeiro lugar, não estão eles obrigados a manter uma só posição num negócio jurídico, isto é, não são forçados a ser apenas credores ou devedores. Pelo contrário, em muitos negócios jurídicos os sujeitos ocupam posições dúplices, sendo, no mesmo negócio, credores de umas obrigações e devedores de obrigações diversas. Quando há obrigações recíprocas, como nos contratos *bilaterais*, os sujeitos assumem a posição de devedores e credores ao mesmo tempo. Na compra e venda, como explica Carvalho de Mendonça²⁵ “o comprador é *devedor* do preço e ao mesmo tempo *credor* da coisa vendida”. Deve-se, entretanto, atentar para o fato de que nesses casos se tratam de *duas* obrigações diversas, ligadas, apenas, em face da natureza bilateral do contrato. Assim, o comprador é *credor* da coisa, ficando o vendedor como *devedor* dessa mesma coisa; essa é uma primeira obrigação, ocupando cada sujeito da obrigação uma única posição; por ser, contudo, o contrato bilateral, a gerar obrigações para ambas as partes, uma segunda obrigação aparece no mesmo negócio, invertendo as posições dos sujeitos. Por essa segunda obrigação, o comprador, que é *sujeito ativo* da primeira obrigação, tendo o direito de receber a coisa, assume também o *dever* de pagar o preço, e nesse caso é sujeito passivo, ou devedor, nessa segunda obrigação. Por sua vez, o vendedor, que é *sujeito passivo* quanto à primeira obrigação,

23 Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 311.

24 O Projeto de Código de Obrigações de 1965, de que foi relator o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, *manteve* (Tít. IV, Cap. I, da Primeira Parte, arts. 92 a 150) a mesma denominação de modalidades das obrigações já existente no Código Civil; no mesmo sentido se expressa o Projeto de Código Civil de 1975, na Parte Especial, Liv. I, Tít. I (*Das Modalidades das Obrigações*).

25 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 226.

obrigando-se a *entregar* a coisa, passa a ser *sujeito ativo*, ou credor, da segunda obrigação, tendo o direito de *receber* o preço.

Como regra geral, em *cada* obrigação as pessoas que aparecem como sujeitos têm uma posição definida: ou são *credores*, e neste caso têm o direito de exigir a prestação, ou *devedores*, e assim estão no dever de realizar a prestação. Em um mesmo negócio jurídico, entretanto, os sujeitos poderão ser ativos e passivos ao mesmo tempo, desde que se trate de obrigações diferentes. Como as obrigações têm uma de suas fontes nos contratos e há contratos em que há obrigações para ambos os contratantes – no caso, os contratos *bilaterais* –, em tais circunstâncias as mesmas pessoas poderão ser credoras e devedoras ao mesmo tempo, *variando, porém, as prestações*, que são diversas em cada uma das obrigações.

b) *Sujeitos determinados e indeterminados*

Necessário será, que, na obrigação, haja sempre dois sujeitos, um ativo, *credor*, e outro passivo, *devedor*. Mas não é indispensável que, no momento em que nasce a obrigação, sejam determinados esses sujeitos. Assim, a obrigação poderá nascer com um só sujeito determinado, sendo, contudo, imprescindível que no momento da execução o outro sujeito seja determinado ou, pelo menos, determinável.

É o que se dá, por exemplo, nos títulos ao portador, que surgem e circulam apenas com um dos sujeitos, o *devedor*, determinado, só havendo necessidade de ser determinado o outro sujeito, *credor*, por ocasião da execução da obrigação. O mesmo acontece com a promessa de recompensa, pois, segundo o art. 854 do Código Civil:

“Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido.”

Será, assim, o promitente o sujeito *passivo* da obrigação, assumindo o dever de realizá-la desde que alguém execute o serviço ou preencha a condição. E esse outro sujeito da relação jurídica, o *credor*, terá direito a exigir a recompensa estipulada, nos termos do art. 855 do Código Civil, momento em que será determinado.

c) *Obrigações conjuntas ou conexas*

Em geral, as obrigações têm apenas uma pessoa como credora e uma outra como devedora. Mas, em alguns casos, várias pessoas podem aparecer como devedoras e várias como credoras. Quando tal ocorre, têm essas obrigações a denominação de *conjuntas* ou *conexas*.

Em essência, nas obrigações *conjuntas* ou *conexas* há tantas obrigações quanto são os credores ou devedores. Assim, sendo vários os credores, cada um pode exigir apenas a parte que lhe cabe na obrigação, e não a totalidade das partes; sendo vários os devedores, cada devedor está obrigado a realizar apenas sua parte. Isso se dá em face de uma regra geral que considera a obrigação como *divisível*, desde que haja vários credores ou vários devedores. Essa regra, porém, sofre ex-

ceções. Casos há em que o credor poderá exigir não apenas a sua parte, mas toda a prestação, como, igualmente, não é possível o devedor realizar apenas a sua parte, mas cumprir a prestação por inteiro.

Isso em virtude da natureza do fato ou da coisa que serve de objeto à prestação. Se for o fato ou coisa de natureza divisível, perdura a regra geral da divisibilidade da obrigação. Se, porém, por natureza, o objeto da prestação for *indivisível*, cada credor da obrigação conjunta poderá reclamar não apenas sua parte, mas *toda a prestação*, e cada devedor estará sujeito a prestar não só a parte que lhe toca no débito, mas todo ele.

O Código Civil traça normas precisas sobre o assunto. Segundo o art. 257:

“Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores.”

Se, entretanto, o objeto da obrigação não for divisível, havendo dois ou mais devedores, “cada um será obrigado pela dívida toda” (art. 259), sub-rogando-se o que pagar no direito de credor em relação aos outros coobrigados (art. 259, parágrafo único). Igualmente, sendo vários os credores, “poderá cada um deles exigir a dívida inteira” (art. 260); em tal passo “a cada um dos outros credores assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total” (art. 261).

Naturalmente, as regras atinentes à divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações só têm aplicação em se tratando de obrigações conjuntas ou conexas, em que há vários credores ou vários devedores. Em obrigação que possuir apenas um credor e um devedor, mesmo que o objeto da prestação seja divisível, não pode o credor ser obrigado a receber parte da obrigação nem o devedor ser compelido a pagar apenas uma fração. Tal caso só será admissível quando for ajustado entre os sujeitos passivo e ativo da obrigação. É o que estatui o art. 314 do Código Civil.

Resultado do que acima está exposto é que, *sendo divisível o objeto da obrigação, cada credor não pode exigir mais do que a parte que lhe couber no crédito, nem cada devedor é obrigado a pagar mais do que sua parte no débito*. Por sua vez, sendo o objeto da obrigação *indivisível*, se um dos credores receber toda a prestação, aos demais caberá o direito de exigir dele a sua parte, transformada em dinheiro. E o devedor que paga a dívida por inteiro, já que se trata de prestação indivisível, sub-roga-se no direito do credor quanto aos outros coobrigados, e, como tal, pode exigir de cada um deles a parte que lhe competia pagar para a satisfação do seu débito.

10. Solidariedade entre os sujeitos das obrigações – Vimos que, como regra geral, as obrigações que possuem vários credores ou vários devedores se dividem em tantas obrigações quantos são os credores ou os devedores. Esse princípio, porém, está sujeito à natureza do objeto da obrigação. Se esse for, por natureza, *divisível*, obedece-se à regra geral fracionando-se a obrigação em tantas outras quantos forem os credores ou devedores. Se, entretanto, a prestação for, por natureza,

indivisível, não poderão os credores exigir apenas sua parte na obrigação nem os devedores estarão obrigados a realizar apenas as partes que lhes tocarem na dívida.

A indivisibilidade nas obrigações conjuntas representa, assim, uma exceção à regra geral, que estabelece seja cada devedor obrigado a realizar apenas a parte que lhe toca na obrigação ou cada credor tenha o direito de exigir apenas o seu quinhão. Mas não é apenas essa exceção que faz com que seja alterada a regra geral da divisibilidade das obrigações que possuem dois ou mais credores ou dois ou mais devedores. Também pode cada devedor se obrigar a responder pelo total da prestação que tem vários devedores ou cada credor assumir o direito de exigir a totalidade da prestação, quando devedores ou credores estão unidos pelo vínculo da *solidariedade*.

Por *solidariedade* deve-se entender o vínculo a ligar todos os sujeitos da obrigação, de modo a que cada um possa desempenhar o papel que ao conjunto competia. Daí o direito que tem cada um dos credores de exigir a prestação por *inteiro* ou a obrigação que assume cada um dos devedores de realizar a *totalidade* da prestação.

Estatui o Código Civil, art. 264:

“Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.”

Assim, a regra geral de que cada participante da obrigação conjunta responde apenas pela sua parte, sofre, com a solidariedade, forte restrição, pois cada um, em tal caso, poderá exigir ou responder não apenas pela parte que lhe toca, mas pela totalidade do objeto da prestação.

No Direito brasileiro, essa exceção ao princípio geral da divisibilidade das obrigações conjuntas não pode ser presumida; deve sempre resultar da vontade das partes ou da lei (Código Civil, art. 265).²⁶ E como tal exceção tanto pode atin-

26 A não presunção da solidariedade, consagrada no art. 896 do Código Civil, era uma tradição mantida em vários países. Entretanto, em atenção a uma maior segurança do crédito, entre outras coisas, uma corrente de civilistas tem propugnado pela presunção da solidariedade passiva (v. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, II, nº 142).

Atendendo a que, em face da evolução das atividades econômicas, o crédito ficará melhor garantido com a solidariedade presumida dos diversos devedores da mesma obrigação, o Código Civil italiano aceitou a inovação, dispondo, no art. 1.294:

“Os codevedores são tidos solidários se da lei ou do título não resultar diversamente.”

O Projeto de Código de Obrigações de 1965, de que foi relator o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, segue a esteira do Código Civil italiano, estabelecendo, no art. 130:

“Se diversos devedores, em um só instrumento, se obrigam para com o mesmo credor, *considera-se solidária a obrigação*, salvo se o contrário resultar da lei ou do contrato.”

E no Relatório com que o Projeto foi encaminhado ao Ministro da Justiça, declarou o Relator:

“A solidariedade passiva sofreu uma alteração de grande profundidade. Ao contrário do que dispõe o Código Civil de 1916, em que a solidariedade há de resultar da lei ou da vontade das

gir aos credores como aos devedores, divide-se a solidariedade em *solidariedade ativa*, quando diz respeito aos sujeitos ativos da obrigação, ou seja, aos credores, e *solidariedade passiva*, quando se refere aos sujeitos passivos da obrigação, ou devedores.

Na solidariedade ativa, isto é, entre os credores da obrigação, cada um destes tem o direito de exigir do devedor a prestação por inteiro, e o pagamento feito por este a qualquer dos credores extinguirá a dívida. O credor que receber a prestação responderá aos demais credores pela parte que lhe caiba (Código Civil, art. 272).

Na solidariedade passiva, entre devedores, portanto, cada um destes assume a obrigação de satisfazer a totalidade da prestação, quando exigida pelo credor. Este poderá exigir o pagamento da dívida, total ou parcialmente, do devedor que escolher. Se o pagamento é exigido por inteiro, todos os demais devedores ficam exonerados, *perante o credor*, da obrigação assumida, respondendo, entretanto, *para com o devedor que pagou*, pelas suas partes na dívida. Se, porém, o pagamento é exigido e a prestação paga apenas parcialmente, ficam os demais devedores coobrigados, em caráter solidário, pelo cumprimento do restante da obrigação (Código Civil, art. 275).

11. A solidariedade nas obrigações empresariais – O princípio da solidariedade é muito comum nas obrigações empresariais, principalmente a solidariedade passiva. Baseando-se em grande parte o desenvolvimento da economia no crédito, esse será melhor tutelado quando os sujeitos passivos estão ligados pelo vínculo da solidariedade.

Em se tratando de uma exceção à regra comum da divisão das obrigações entre os sujeitos conjuntos, deve, em princípio, a solidariedade ser expressa. Entretanto, em vários países, tendo em vista, sobretudo, as necessidades de maior tutela de crédito para melhor garantia dos negócios comerciais, admite-se a presunção da solidariedade entre os devedores comerciais. Assim, por exemplo, na França, onde, apesar de dispor o art. 1.202 do Código Civil que “a solidariedade não se presume, é necessário que seja expressamente estipulada”; “regra contrária prevalece no Direito Comercial, fundada em uso anterior ao Código de Comércio e que, em matéria de sociedade, se estendeu a todos os casos em que o interesse comum

partes, o Projeto, na linha de evolução do direito moderno, preconizada pelos mais festejados mestres (Enneccerus, Trabucchi), instituiu a *presunção da solidariedade*, quando diversos devedores, em um só instrumento, se obrigam para com o mesmo credor, salvo se o contrário resultar da lei ou do contrato (art. 130). É certo que o princípio tradicional foi afastado. Porém, conscientemente, para inscrever o nosso sistema entre os mais modernos, e, a exemplo do que dispunha já o *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, e se estatui do Código italiano de 1942, enunciar a presunção de solidariedade para segurança do credor, para solução da obrigação e benefício do crédito” (Proj. de Cód. de Obrigações, pp. XV e XVI).

O Projeto de Código Civil de 1975 recua na posição tomada pelo Projeto de Código das Obrigações de 1965, não admitindo a solidariedade passiva presumida. Assim, dispõe o art. 262 do Projeto:

“A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

das partes a justifica. Não tendo necessidade de ser expressamente estipulada para poder ser invocada pelo credor, a solidariedade é útil para assegurar o crédito dos comerciantes. Graças a ela, o credor poderá se mostrar menos exigente para as garantias requeridas ao seu devedor”.²⁷ A jurisprudência francesa acata esse ponto de vista, que é hoje vitorioso na França.²⁸

Na Itália, mais que na França, o princípio da solidariedade entre os devedores de obrigações comerciais tem sido aceito legislativamente. O Código Comercial italiano de 1882 estipulava, no art. 40, que “nas obrigações comerciais os codevedores se presumem solidários se não existe convenção em contrário”.

No Brasil, os Códigos Civis, tanto o Código Civil de 1916 (art. 896) quanto o de 2002 (art. 265), estatuem que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”. Essa é a regra geral. Mas, inúmeros são os casos, na legislação brasileira, em que está taxativamente determinada a solidariedade dos sujeitos da obrigação. O próprio Código Civil de 2002 a estabeleceu em mais de duas dezenas de dispositivos (v., p. ex., os arts. 149, 154, 275, *caput*, 518, 585, 680, 698, 756, 942 e seu parágrafo único, 990, 993, parágrafo único, 1.003, parágrafo único, 1.012, 1.016, 1.045, *caput*, 1.052, 1.055, § 1º, 1.056, § 2º, 1.091, e seu § 1º, 1.146, 1.177, parágrafo único, 1.460, *caput*, 1.644, 1.752, § 2º, 1.986). Também na parte remanescente do Código Comercial de 1850, vários dispositivos estabelecem a solidariedade (v., p. ex., os arts. 477, 494, 600, 654, 655, 667, nº 1, 745, 892). Dentre as leis esparsas, citem-se, como exemplos de previsão legal expressa de solidariedade de sujeitos da obrigação, a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15.12.1976), nos arts. 74, § 2º, 92, parágrafo único, 99, 108, 117, § 2º, 158, §§ 2º e 4º e 5º, 231, § 2º, 233, 281 e 282, e a Lei de Falências e Recuperações (Lei nº 11.101, de 09.02.2005), nos arts. 77 e 101, § 1º. Além disso, a solidariedade é característica dos títulos cambiários.

12. Objeto da obrigação – Elementos essenciais para a existência das obrigações são, como vimos, os seus *sujeitos* e o *objeto*. Este assume papel tão importante que costuma ser confundido com a própria obrigação. Consiste o objeto da obrigação no ato ou fato que cabe ao devedor, sujeito passivo, prestar. Daí dar-se ao objeto o nome de *prestação*, podendo essa, como já foi assinalado, ser *positiva*, quando o devedor se obriga a dar ou fazer alguma coisa, ou *negativa*, quando esse se constitui no dever de não fazer, ou abster-se de alguma coisa.

Sendo a prestação um dever assumido pelo sujeito passivo, só a esse, em essência, cabe realizá-la. Entretanto, é admissível que outra pessoa execute, pelo devedor, a prestação, desde que com isso não fique o credor prejudicado. Executa-se, contudo, a prestação *de fazer*, que deve ser realizada pelo próprio devedor, uma vez assim convencionado.

O art. 878 do Código Civil de 1916 era bem preciso sobre essa regra, estabelecendo que:

27 Jean Hémard, *Les Contrats Commerciaux*, I, Paris, Sirey, 1953, p. 11.

28 Cf. req. de 20.10.1920; Câmara Civil da Corte de Cassação, 18.07.1929.

“Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente.”²⁹

O Código Civil de 2002 não reproduz literalmente a regra, mas a confirma, nos seus arts. 247 e 249, *caput*:

“Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”. “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”

Do mesmo modo que numa obrigação pode haver pluralidade de sujeitos, sejam credores ou devedores, poderá, igualmente, haver pluralidade de prestações. As primeiras têm o nome de obrigações *conjuntas* ou *conexas*; as últimas são chamadas obrigações *compostas*.

Quando, numa obrigação composta, formam o objeto diversos objetos, independentes entre si, tem-se uma prestação *cumulativa*; no caso, porém, de, existindo várias prestações, ficar a critério do credor a escolha de uma dessas, com a satisfação da qual se tem como realizada a prestação, ter-se-á uma prestação *alternativa*.

As prestações devem ser *lícitas, possíveis, determinadas ou determináveis*.



EFEITOS E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

13. Posição da lei brasileira – Uma vez nascida, a obrigação cria para o devedor o encargo de realizá-la e para o credor o direito de exigí-la, no tempo e modo ajustados. Esses os seus principais efeitos.

Dirigem-se os mesmos, como se vê, a um só ponto, a *execução da prestação*. E como, com a execução, a obrigação se extingue, costuma-se ligar os efeitos das obrigações à extinção das mesmas, com a realização daquilo a que o sujeito passivo se obrigou.

Vários são os Códigos que, entretanto, separam os *efeitos* da obrigação da *extinção das mesmas*. O Código Civil francês, por exemplo, intitula o Capítulo III do Título III do Livro III de “Efeito das Obrigações”, enquanto que o Capítulo V dos mesmos Título e Livro se refere, precisamente, à “Extinção das Obrigações”. O Código Civil do Peru, de 1936, dedica a Seção Terceira do Livro Quinto aos efeitos da obrigação, dispondo, no art. 1.233, que:

“São efeitos das obrigações:

1º, autorizar o credor a empregar os meios legais, a fim de que o devedor realize aquilo a que está obrigado;

2º, autorizá-lo a fazer com que outro realize à custa do devedor;

3º, autorizar a obter do devedor a indenização correspondente;

4º, autorizar a exercer os direitos do seu devedor, com isenção dos que são inerentes à pessoa.”

O Código Suíço das Obrigações trata, no Título II da 1ª Parte, dos “Efeitos das Obrigações”, já quanto à execução, já quanto à inexecução, já a respeito dos terceiros, e no Título III focaliza a “Extinção das Obrigações”, tratando, assim, separadamente, os assuntos.

O Código Civil brasileiro de 1916, ao regular a matéria, dava ao título II do Livro III a epígrafe “Dos Efeitos das Obrigações”, mas, em disposições de caráter geral, apenas incluía dois artigos (928 e 929), o primeiro esclarecendo que, não sendo personalíssima, a obrigação pode operar-se tanto entre as partes como entre terceiros, e o segundo estatuinto que “aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar”. Em seguida passava a mencionar casos de extinção da obrigação, referindo-se ao

pagamento (arts. 930 a 971), ao *pagamento por consignação* (arts. 972 a 984), *pagamento com sub-rogação* (arts. 985 a 990), *imputação do pagamento* (arts. 991 a 994), *dação em pagamento* (arts. 995 a 998), *novação* (arts. 999 a 1.008), *compensação* (arts. 1.009 a 1.024), *transação* (arts. 1.025 a 1.036), *compromisso* (arts. 1.037 a 1.048), *confusão* (arts. 1.049 a 1.052) e *remissão das dívidas* (arts. 1.053 a 1.055). Só nos três últimos capítulos deste título, que tratava dos “Efeitos das Obrigações”, é que o Código se referia às consequências da inexecução das obrigações (arts. 1.056 a 1.058), às perdas e danos (arts. 1.059 a 1.061) e aos juros legais (arts. 1.062 a 1.084).

Filiava-se, assim, o Código brasileiro de 1916 à corrente que engloba os *efeitos* da obrigação com a *extinção* das mesmas. Mas é evidente que são, na realidade, duas coisas que podem e devem ser separadas. Quando nasce a obrigação é para produzir efeitos que só desaparecem quando a obrigação se extingue. Os modos da extinção podem ser variados, mas não devem, evidentemente, ser confundidos com os efeitos da obrigação.¹

O Código Civil de 2002 inovou no trato desta matéria.

Na Parte Especial, no Livro I (Do Direito das Obrigações), encontram-se os seguintes Títulos:

- I – Das Modalidades das Obrigações;
- II – Da Transmissão das Obrigações;
- III – Do Adimplemento das Obrigações;
- IV – Do Inadimplemento das Obrigações;
- V – Dos Contratos em Geral;
- [...]

No Título II, sob a rubrica “Da Transmissão das Obrigações”, o Capítulo I trata da “Da Cessão de Crédito” e o Capítulo II, “Da Assunção de Dívida”. Esse Título II não reproduz literalmente, mas assume o espírito que justificava o art. 928 do Código Civil de 1916, assim redigido: “A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros”. No Título V (Dos Contratos em Geral), o art. 439 dispõe que “aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar”; e acrescenta que “tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens”. No Título III (Do Inadimplemento e Extinção das Obrigações), passa o Código a mencionar casos de extinção da obrigação, referindo-se ao *pagamento* (arts. 304 a 333), ao *pagamento por consignação* (arts. 334 a 345), *pagamento com sub-rogação* (arts. 346 a 351), *imputação do pagamento* (arts. 352 a 355), *dação em pagamento* (arts. 356 a 359), *novação* (arts. 360 a 367), *compensação* (arts. 368

1 O Projeto de Código de Obrigações de 1965, na Primeira Parte, dedica o Título V à inexecução das obrigações (arts. 173 a 187) e o Título VI, à extinção das obrigações (arts. 188 a 287). O Projeto de Código Civil de 1975 trata, no Título III do Livro I da Parte Especial “Do Adimplemento e Extinção das Obrigações” e no Título IV “Do Inadimplemento das Obrigações”.

a 380), *confusão* (arts. 381 a 384) e *remissão das dívidas* (arts. 385 a 388). Só no Título IV, que trata do “Inadimplemento das Obrigações”, é que o Código se refere às consequências da inexecução das obrigações (arts. 389 a 393), à mora (arts. 394 a 401), às perdas e danos (arts. 402 a 405), aos juros legais (arts. 406 e 407), à cláusula penal (art. 408 a 416) e às arras ou sinal (art. 417 a 420).

Filiou-se, pois, o Código brasileiro de 2002 à corrente que distingue os efeitos da obrigação da extinção das mesmas.

14. Efeitos das obrigações – Em tais condições, gerando-se as obrigações, quer de um ato unilateral da vontade, quer de um acordo de vontades, ou contrato, criam direitos e deveres às partes que estão ligadas pelo vínculo obrigacional. Assim, o devedor assume o dever de realizar a prestação e o credor tem o direito de recebê-la.

Consequências diversas poderão ocorrer, antes de ser extinta a obrigação, pela posição que as partes tomarem na mesma. Desse modo, o devedor, que se obrigou a efetuar a prestação, pode, realmente, realizá-la no tempo, modo e lugar previamente estabelecidos ou pode deixar de assim proceder. No primeiro caso, cumprida a prestação, extingue-se a obrigação. Não cumprida, entretanto, no tempo e modo convenionados, fica o devedor sujeito à indenização dos prejuízos sofridos pelo credor, indenização que se obtém pela apuração das perdas ou danos havidos. Contudo, se o não cumprimento da prestação se deu em virtude de ato ou fato alheios à vontade do devedor, este não está sujeito a reparar o dano sofrido pelo credor. O art. 393 do Código Civil é preciso a respeito:

“O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado” (art. 393, *caput*), entendendo-se por *caso fortuito* ou *força maior* o “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (art. 393, parágrafo único).

Por outro lado, ao gerar-se a obrigação, dela decorre o direito de exigir o credor o cumprimento da prestação por parte do devedor. Para isso, poderá o credor se utilizar de todos os meios legais necessários. Cabe-lhe, assim, na forma da lei, recorrer ao juiz para que o devedor seja impelido a realizar a prestação, já que pelo vínculo obrigacional se sujeitou a tal.

Outro efeito da relação jurídica, este mencionado no Código Civil, é o de que *a morte não faz com que desapareça a obrigação* assumida pelo devedor, transferindo-se o cumprimento desta para os seus herdeiros.² Excetuam-se, naturalmente, as obrigações *personalíssimas*, ou sejam, aquelas que, de acordo com o ajustado, só poderiam ser executadas pela própria pessoa do devedor.

Muitas vezes o devedor, ao se obrigar, promete fato, não seu, mas de terceiro. Em tal caso, ficará o devedor responsável pela prestação do ato. Caso o terceiro não execute a prestação, o devedor responde por perdas e danos, para sanar os prejuízos sofridos pelo credor.

2 Transferindo-se a obrigação aos herdeiros, respondem esses apenas na força da herança, nos termos do art. 1.587 do Código Civil.

15. Extinção da obrigação – Relação jurídica transitória, a obrigação se extingue quando a prestação é realizada pelo devedor. No período que vai do nascimento à extinção produz vários efeitos, quer em relação ao credor, quer ao devedor. Todos eles, entretanto, visam ao cumprimento da prestação por parte do devedor, sendo essa, assim, a meta final da relação jurídica.

16. Modos de extinção das obrigações – A extinção das obrigações pode verificar-se de dois modos: ou *pelo cumprimento da prestação* ou pela sua *anulação* ou *substituição por uma outra*. No primeiro caso teremos como modo de extinção da obrigação o *pagamento*; no segundo, teremos a *novação*, a *compensação*, a *confusão* e a *remissão*.

A) Pagamento

17. Noções gerais – Em primeiro lugar, deve-se entender que a palavra *pagamento* tem em direito, sentidos diversos: no sentido lato, significa a extinção da obrigação, por qualquer modo, seja mediante o cumprimento da prestação, seja pela anulação ou substituição de uma obrigação por outra. Modernamente, dá-se preferência ao nome de *adimplemento* a essa espécie generalizada de extinção da obrigação, operando-se, assim, a extinção pelo adimplemento da obrigação. No sentido restrito, o pagamento é o cumprimento da prestação por parte do devedor e, como tal, é uma causa da extinção da obrigação diversa da novação, da compensação, da transação, da confusão e da remissão, em que a prestação não é efetivamente realizada por surgirem circunstâncias que anulam ou substituem a obrigação. Por último, também se qualifica de *pagamento* a prestação em dinheiro.

Tomando-se o termo *pagamento* no seu sentido restrito, verificamos que a obrigação se extingue quando é realizada a prestação. Há a notar, entretanto, vários requisitos que devem ser observados para que se tenha o pagamento como válido. Em primeiro lugar, em relação ao devedor, admite-se que qualquer pessoa interessada na extinção da dívida possa efetuar o pagamento. Se, por acaso, o credor se opuser, poderá o terceiro interessado usar dos meios necessários para que o devedor fique exonerado da obrigação (Código Civil, art. 304). Mesmo o terceiro não interessado poderá efetuar o pagamento, desde que o faça em nome e por conta do devedor (art. 304, parágrafo único).

No que tange ao credor, o pagamento deve ser-lhe feito pessoalmente ou ao seu representante legal. Caso assim não aconteça, só será válido o pagamento feito a terceiro se o ato for ratificado pelo credor, ou tanto quanto reverter em seu proveito (Código Civil, art. 308).

Quanto à prova do pagamento, tem o devedor o direito de receber quitação regular e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada. A quitação mencionará, sempre, o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor ou o de quem por ele pagou, bem como o tempo e o lugar do pagamento. Caso o credor recuse dar a quitação, poderá o devedor reter o pagamento até que aquela lhe seja dada (v. Código Civil, arts. 319 a 326).

Deverá o pagamento ser efetuado, em princípio, no *domicílio do devedor*. Se, porém, as circunstâncias, a natureza da obrigação ou a lei determinarem que o pagamento seja efetuado em outro lugar, a regra geral sofre exceções. Igualmente, as partes interessadas no cumprimento da obrigação poderão convencionar o lugar em que o mesmo deva se verificar (v. Código Civil, arts. 327 a 330).

Em regra geral, cabe ao credor exigir o pagamento *imediatamente*, se a lei ou o ajuste das partes não determinar a época em que deva ser feito (v. Código Civil, arts. 331 a 333).

18. Espécies de pagamento – O pagamento, como execução da prestação por parte do devedor para extinguir a obrigação, pode operar-se por diversas espécies. Essas são: *o pagamento real, o pagamento por consignação, o pagamento com sub-rogação, o pagamento por imputação e o pagamento por dação*.

a) Pagamento real

Tem-se o pagamento real quando a obrigação se extingue pelo cumprimento da prestação por parte do devedor. Em tal caso, tendo o devedor assumido a obrigação de dar ou fazer alguma coisa, realiza essa prestação sem nenhuma restrição. A obrigação se extingue pelo fato de haver o devedor cumprido na época oportuna a prestação devida. É o que se poderia chamar de *pagamento* puro e simples.

b) Pagamento por consignação (Código Civil, arts. 334 a 345)

Em vários casos, entretanto, não quer ou não pode o credor receber a coisa. Para que cesse a obrigação por parte do devedor, este pode pôr a coisa devida à disposição do credor, mediante depósito, dando-se a essa espécie de pagamento o nome de *consignação*.

Poderá a consignação realizar-se quando, sem justa causa, o credor recusar receber a prestação ou dar quitação na forma devida; quando o credor não for ou não mandar receber a coisa, no lugar, tempo e segundo as condições estipuladas; quando o credor for desconhecido, estiver declarado ausente ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil; quando ocorrer dúvida sobre quem deva receber legitimamente a prestação quando pender litígio sobre o objeto do pagamento; quando houver concurso de preferência aberto contra o credor ou quando o credor for incapaz de receber o pagamento.

Deve-se ter em consideração, entretanto, que a consignação só pode ser feita pelo *devedor*, por pessoa que a faça em nome deste e por sua conta ou por *terceiro interessado* na extinção da obrigação, ressalvando-se ao terceiro não interessado que fez a consignação em seu próprio nome o direito de reembolsar-se sem, contudo, sub-rogar-se nos direitos do credor. Por sua vez, a consignação deve ser feita *em favor do credor* ou de pessoa que o represente. Finalmente, para que a consignação produza os efeitos de pagamento, necessário será que, como acontece com as pessoas, concorram em relação ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos que tornam válido o pagamento. É a regra contida no art. 336 do Código Civil.

c) Pagamento com sub-rogação (Código Civil, arts. 346 a 351)

Por *sub-rogação* entende-se “a transferência dos direitos de credor para aquele que solveu a obrigação ou emprestou o necessário para solvê-la”.³ Segundo essa definição, compreende-se que há casos em que, não sendo a obrigação solvida pelo devedor, outra pessoa a solveu. Os direitos que tinha o credor quanto à prestação passam, desse modo, para aquele que, em lugar do devedor, efetuou referida prestação, extinguindo-se, assim, a obrigação em relação ao credor primitivo, mas continuando o vínculo obrigacional entre o devedor e aquele que substituiu o credor. Pode, ainda, acontecer que o próprio devedor solva a dívida, em se tratando de prestação em dinheiro, tendo, para isso, recebido de outrem, por empréstimo, quantia correspondente à da obrigação. Em tal caso, havendo entre o devedor e a pessoa que lhe emprestou a quantia convenção segundo a qual este, pelo fato de emprestar o dinheiro, ficará com os mesmos direitos que tinha o credor primitivo, o terceiro que emprestou o dinheiro sub-roga-se nos direitos do credor.

Há dois tipos de sub-rogação: a *legal*, que ocorrerá sempre que se verificarem casos expressamente mencionados na lei (Código Civil, art. 346), e a *convencional*, que é a que depende da vontade das partes interessadas na extinção da obrigação. Nesta poderá apenas o credor convencionar com o terceiro o recebimento da prestação, transferindo-lhe os direitos de credor, sem que para isso haja necessidade de aquiescência do devedor (Código Civil, art. 347, I), ou poderá o próprio devedor convencionar com outrem o recebimento da quantia necessária para o pagamento da prestação em dinheiro, aceitando-o como novo credor. Em tal caso, não será necessária também aquiescência por parte do credor.

d) Pagamento por imputação (Código Civil, arts. 352 a 355)

Poderá o devedor estar obrigado a várias prestações da mesma natureza a um só credor. Estando todas as prestações *vencidas e líquidas*, desejando satisfazer apenas uma, poderá indicar ao credor qual a que deseja pagar. A este fato dá-se o nome de *imputação*.

Caberá, contudo, ao credor consentir na imputação quando recai ela em dívida não vencida ou ilíquida. Assim, para que possa o devedor plenamente optar pela dívida a ser solvida, necessário será que todas elas estejam vencidas e sejam líquidas.

Se, por acaso, o devedor não usar do direito de indicar qual a dívida que pretende extinguir, aceitando a quitação do credor sobre uma delas, não terá o direito de reclamar, a não ser provando que o credor agiu com violência ou dolo. A imputação, assim, será feita pelo credor, e não pelo devedor. Havendo capital e juros, serão primeiro pagos os *juros vencidos*, a não ser que as partes hajam convencionado o contrário ou que o credor passe a quitação referente apenas ao capital (Código Civil, art. 354). Finalmente, não indicando o devedor qual a dívida que quer extinguir e se a quitação nada esclarecer a respeito, a imputação será conside-

3 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 985.

rada nas dívidas *liquidas e vencidas* em primeiro lugar ou, se todas forem líquidas e vencidas a um só tempo, na mais onerosa (Código Civil, arts. 352 e 355).

e) Dação em pagamento (Código Civil, arts. 356 a 359)

Poderá, por último, ser extinta a obrigação se o credor consentir em receber, em vez da coisa que constituía o objeto da obrigação, uma outra, diversa. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão (Código Civil, art. 358). Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda (Código Civil, art. 357).

Assim, será a *dação em pagamento (datio in solutum)* a extinção da obrigação mediante a troca da coisa que constituía a prestação por uma outra diversa. Para isso, entretanto, é indispensável o consentimento do credor, não se operando a dação se o credor a ela se opuser.

19. A consignação, sub-rogação e imputação na legislação comercial anterior ao Código Civil de 2002 – As normas que, atualmente, regem os modos especiais de pagamento mediante a consignação, a sub-rogação, a imputação e a dação são as constantes do Código Civil, arts. 334 a 367. Algumas dessas modalidades de pagamento constavam do Código Comercial de 1850 e das leis comerciais.

Assim, por exemplo, no que se refere ao pagamento por consignação o Código Comercial, no art. 437, tratando dos *pagamentos mercantis*, estabelecia que:

“O devedor, em cujo poder alguma quantia for embargada, e o comprador de alguma coisa que esteja sujeita a algum encargo ou obrigação, fica desonerado consignando o preço ou a coisa em depósito judicial, com citação pessoal dos credores conhecidos e edital para os desconhecidos.”

O Reg. nº 737, de 25.11.1850, referiu-se, ao art. 393, ao depósito ou consignação em pagamento, mencionando os casos em que tem lugar, casos que são mais ou menos idênticos aos referidos no art. 335 do Código Civil de 2002. A Lei Cambial nº 2.044, de 31.10.1908, estatuiu que o aceitante podia, se o pagamento de uma letra de câmbio não foi exigida no vencimento, depois de expirado o prazo para o protesto por falta de pagamento, depositar o seu valor, por conta e risco do portador, independente de qualquer citação. E Carvalho de Mendonça, comentando esse dispositivo, acrescentava que “a Lei nº 2.044, de 1908, refere-se ao depósito no caso da *não exigência do pagamento (mora credendi)*. Casos existem nos quais, por analogia, é possível o depósito, e tais são: *a)* se o possuidor da letra de câmbio é incapaz de receber e dar quitação; *b)* se o apresentante não justifica a sua identidade; *c)* se o possuidor recusa a entrega do exemplar aceito com a quitação por ele firmada; *d)* se há oposição ao pagamento; *e)* se pendente litígio sobre o objeto do pagamento; *f)* se há concurso de preferência aberta contra o credor”.⁴

4 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, II, nº 843. Ao art. 26 da Lei nº 2.044, de que trata o texto, corresponde o art. 42 da Lei Uniforme de Genebra, ora em vigor no Brasil por força do Dec. Executivo nº 57.663, de 24.01.1966.

Hoje, o processo da consignação em pagamento é regulado pelos arts. 890 a 900 do novo Código de Processo Civil.

Quanto ao *pagamento com sub-rogação*, o Código Comercial estatuiu, no art. 260, que “o fiador que paga pelo devedor fica sub-rogado em todos os direitos e ações do credor”, princípio esse que foi generalizado pelo art. 988 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 349 do Código Civil de 2002. Também da sub-rogação trata o ainda vigente art. 728 do Código Comercial, referente ao seguro marítimo. Segundo esse:

“Pagando o segurador um dano acontecido à coisa segurada, ficará sub-rogado em todos os direitos e ações que ao segurado competirem contra terceiro.”

E, na legislação mais recente, dispõe o art. 63 da Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias que:

“o que paga por intervenção fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra contra aqueles por honra de quem pagou e contra os que são obrigados para com estes em virtude da letra.”

Sobre a *imputação*, referia-se o art. 433 do Código Comercial, especificando normas relativas à mesma. As regras contidas no art. 433 do Código Comercial estão, de certo modo, contidas nos arts. 352 a 355 do Código Civil de 2002. Apenas não mencionam estes artigos o caso citado no art. 433, n° 4, do Código Comercial, que dispunha que:

“Sendo as dívidas da mesma data e de igual natureza, entende-se feito o pagamento por conta de todas em devida proporção.”

B) Novação

20. Conceito – Um outro modo, diverso do pagamento, de serem extintas as obrigações, é a *novação*. Entende-se por novação a *criação* de uma nova obrigação com a finalidade de extinguir a primeira. Clóvis Beviláqua a conceitua como “a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira”.⁵ Na realidade, como argumenta Lacerda de Almeida, “a novação acarreta a extinção da dívida antiga, não a transformando, mas aniquilando-a”.⁶ Não se converterá, assim, a obrigação antiga em nova obrigação, mas a primeira se extinguirá, sendo substituída por uma outra.

Verifica-se, portanto, que, *com a novação*, a *obrigação se extingue sem que haja a realização da prestação* por parte do devedor. Costuma-se afirmar que a novação é um dos modos de pagamento, dando-se a essa palavra o sentido lato de cumprimento da obrigação. Preferimos, contudo, para maior compreensão, dizer que a novação é um dos modos de extinção da obrigação, reservando a palavra *pagamento* unicamente para os casos em que a obrigação se extingue pelo *cumprimento*.

5 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 999.

6 Lacerda de Almeida, *Obrigações*, p. 338.

mento da prestação. Quer com o pagamento, quer com a novação, a obrigação se extingue; mas no pagamento o devedor efetua a prestação, dando ou fazendo aquilo a que se obrigou; já com a novação o devedor não realiza a prestação; antes, cria uma obrigação nova para substituir e extinguir a antiga, perdurando, assim, por parte do devedor, o compromisso de dar ou fazer alguma coisa, o que não foi realizado para que a obrigação antiga se extinguisse.

O Código Civil regula a novação nos arts. 360 a 367, no art. 360 mostrando que pode verificar-se a novação de dois modos: ou por mudança do objeto da prestação, dizendo o Código que se dá novação “quando o devedor contrai com o credor *nova dívida* para extinguir e substituir a anterior” (art. 360, nº I), ou por mudança do credor ou do devedor, passando, assim, um desses sujeitos de direito a obrigar-se com outra pessoa que não aquela que figurava na relação jurídica anterior (donde dizer o Código que a novação também se dá “quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor” – art. 360, nº II; ou “quando, em virtude da obrigação nova, outro *credor* é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este” – art. 360, nº III). Tem-se, desse modo, que na novação podem perdurar os sujeitos, credor e devedor, sendo mudado apenas o objeto da prestação, ou pode mudar um dos sujeitos da obrigação, seja devedor, seja credor, ficando o que resta da obrigação primitiva ligado a um sujeito diverso. Ao primeiro desses casos dá-se o nome de *novação objetiva* e ao segundo, o de *novação subjetiva*.

Várias regras existem a respeito das novações. O Código Civil, nos arts. 361 a 367, condensa essas regras, de grande importância para a elucidação dos vários casos de novação. Assim, por exemplo, esclarece o Código (art. 361) que só haverá novação quando há o *ânimo de novar*, expresso ou tácito, mas inequívoco, ou seja, quando a segunda obrigação tem por finalidade extinguir a obrigação primitiva, criando outra. Se tal não se verificar, a segunda obrigação criada será simplesmente uma confirmação da primeira, não a extinguindo.

Quando a novação é feita por substituição do devedor, não é necessário o consentimento deste (art. 362). De fato, o terceiro que faz a novação com o credor exime o devedor primitivo do dever de cumprir a prestação. Se, por acaso, o novo devedor fizesse novação mediante acordo com o devedor primitivo, se verificaria delegação deste para que aquele solvesse a obrigação. Daí resulta a regra de que, *se o novo devedor for insolvente, o credor, que o aceitou, não tem ação contra o primitivo*. Mesmo havendo delegação, o credor, ao aceitar a novação, perde o direito de agir contra o devedor primitivo, no caso de ser insolvente o novo devedor. Isso se explica pelo fato de extinguir a novação a obrigação primitiva. Excetua-se, naturalmente, da regra o caso de ter o devedor primitivo obtido de má-fé sua substituição pelo devedor insolvente (art. 363).

Não havendo estipulação em contrário, a *novação extingue as garantias e os acessórios da dívida*. É a regra contida no art. 364 do Código Civil, com fundamento no princípio do art. 184, que estatui que:

“Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

Por último, só existe novação quando existiu uma obrigação válida anterior, que a nova obrigação extingue, substituindo-a. Daí decorre que as obrigações nulas ou extintas não suportam novação. Essa a regra contida no art. 367 do Código Civil.

21. A novação no Código Comercial de 1850 – Instituto que remonta ao Direito Romano, em que gozava de grande influência – com o passar dos séculos diminuída e hoje de reduzida importância –, a novação constava, em seus princípios gerais, no Código Comercial. A seu respeito tratava o art. 438 do Código Comercial de 1850, enumerando as três espécies de novação: a *novação por extinção da obrigação com a modificação do objeto da prestação*; a *novação mediante a substituição do devedor* e a *novação com a substituição do credor*. O Código Comercial de 1850 também se referia à novação em relação com a fiança.

C) Compensação

22. Conceito – Outro modo de serem extintas as obrigações *sem que o devedor realize efetivamente a prestação* é o que se verifica pela *compensação*. Por compensação deve-se entender “a extinção recíproca de obrigações até a concorrência de seus respectivos valores, entre pessoas que são devedoras umas das outras”⁷ ou, no dizer de Carvalho de Mendonça, “a extinção total ou parcial de duas obrigações em virtude de serem duas pessoas ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra”.⁸ O Código Civil regula a compensação nos arts. 368 a 380, e o art. 368 dá claramente o conceito legal da mesma, ao dispor que:

“Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.”

23. Espécies de compensação – A compensação pode resultar de uma disposição da lei, e nesse caso não depende da vontade das partes. Tem essa compensação o nome de *legal*. Caso de compensação legal é o estatuído pelo art. 122, *caput*, da Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 09.02.2005), que dispõe o seguinte:

“Compensam-se as dívidas do falido vencidas até o dia da declaração da falência, provenha o vencimento da própria sentença declaratória ou da expiração do prazo estipulado.”

Igualmente pode resultar a compensação da vontade das partes e em tais condições, chama-se *convencional* ou *voluntária*. Cabe aos contratantes estipular a maneira de operar-se a compensação.

7 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.009.

8 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 507.

Uma terceira espécie de compensação é a *judicial*. É a que se encontra na reconvenção, isto é, na ação que tem o réu contra o autor para, no mesmo feito em que é determinado, opor direito seu que vise a modificar ou extinguir o pedido do autor (Código de Processo Civil, arts. 315 a 318).

“É pronunciada pelo juiz, quando o devedor, executado por uma dívida, opõe ele próprio um crédito contra o autor de uma compensação legal, contudo faculta aos tribunais o poder de remediar a ausência da condição falha.”⁹

24. Requisitos da compensação legal – O Código Civil, nos arts. 368 a 380, traça normas relativas à compensação legal. Alguns autores, dividindo os requisitos da compensação legal em objetivos e subjetivos, dão a cada um desses várias subdivisões para melhor serem apreciadas as características do instituto.

Sem descer a minúcias, pode-se mencionar que são requisitos essenciais à compensação legal que as dívidas a se compensarem sejam *liquidadas*, *vencidas* e de *coisas fungíveis* (Código Civil, art. 369). *Liquidadas* são as obrigações certas, quanto à sua existência, e determinadas, quanto ao seu objeto; esta a definição consagrada no art. 1.533 do Código Civil de 1916. *Vencidas* são as dívidas exigíveis, não estando, assim, a depender de condição ou de prazo. E *fungíveis* são as coisas da mesma espécie e qualidade, conforme o princípio contido no art. 85 do Código Civil. Aliás, para esclarecer como se pode efetuar a compensação de coisas fungíveis, o Código estatuiu que: “embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato” (art. 370).

No que diz respeito aos sujeitos das obrigações, estatui o Código que o devedor só pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas logo abriu uma exceção em relação ao fiador, estipulando que este pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado (art. 371).

A compensação legal se opera independentemente da vontade das partes; por tal razão, não é admitida a renúncia tácita à compensação, devendo essa, para surtir efeito, ser prévia e expressamente declarada. Prevalece, em tal caso, a vontade unilateral de um dos devedores. Ambos, entretanto, por mútuo acordo, poderão excluir a compensação (Código Civil, art. 375).

Finalmente, *o devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado*. É a regra do art. 371 do Código Civil.

25. A compensação na legislação comparada – As regras contidas nos arts. 368 a 380 do Código Civil referem-se à compensação legal. Seguimos, nesse sentido, a orientação do Código Civil francês, que, no art. 1.290, estabeleceu que a compensação legal se realiza de pleno direito, mesmo à revelia dos devedores, extinguindo-se reciprocamente as dívidas no momento em que se opera a compensação. Daí resulta que, para que se verifique a compensação legal, não é

necessária a declaração do juiz nem o requerimento das partes; a própria renúncia à compensação legal deverá ser manifestada por uma das partes, como vimos, ou excluída por ambas, de mútuo acordo.

Essa foi, também, a orientação tomada pelo atual Código Civil italiano de 1942, ao estatuir, no art. 1.242, que a compensação extingue os dois débitos, a partir do dia de sua coexistência, não podendo o juiz relevá-la *ex officio*. Mas a verdade é que existe uma outra corrente legislativa, encabeçada pelo Código Civil alemão e seguida pelo Código Suíço das Obrigações, segundo a qual a compensação, para poder surtir efeito, deverá ser declarada por uma das partes. Assim sendo, é indispensável a manifestação do juiz para que a compensação se possa verificar, passando, contudo, ela a ter efeito retroativo, o que não acontece com o sistema francês ou o brasileiro, em que não há retroatividade de efeitos da compensação, já que essa se opera independentemente da vontade das partes. O Código Suíço das Obrigações, seguindo a orientação do alemão, estatui, no art. 124, que “a compensação não tem lugar senão quando o devedor dá a conhecer ao credor sua intenção de invocá-la”.

26. Compensação convencional – Os dispositivos contidos no Código Civil referem-se, como já foi dito, à compensação *legal*. Pode, contudo, a compensação operar-se por mútuo acordo das partes, e nesse caso já não se torna necessário atender aos dispositivos do Código que exigem requisitos especiais para que tenha lugar a compensação. Assim, uma vez convencionalizada, pode a compensação se efetuar entre dívidas ilíquidas ou de coisas infungíveis, contrariando, desse modo, o disposto no art. 369 do Código Civil, que exige esses requisitos para que possa haver a compensação legal.

“O único limite que se impõe à compensação convencional é o de ordem pública”, esclarece Serpa Lopes.¹⁰ O estipulado entre as partes, desde que não seja contrário à ordem pública, valerá entre elas, produzindo todos os efeitos legais.

27. A compensação no Código Comercial de 1850 – Anterior ao Civil de 1916, o Código Comercial de 1850 regularia muitos assuntos que àquele caberia. A compensação, mais tarde normalizada pelos arts. 1.009 a 1.024 do Código Civil de 1916 e agora pelo Código Civil de 2002, fora especialmente tratada pelo Código Comercial de 1850 nos arts. 439 e 440, no título referente à extinção nas obrigações comerciais.

O art. 439 rezava que:

“Se um comerciante é obrigado a outro por certa quantia de dinheiro ou efeitos, e o credor é obrigado ou devedor a ele em outro tanto, mais ou menos, sendo as dívidas ambas igualmente líquidas e certas, ou os efeitos de igual natureza e espécie, o devedor que for pelo outro demandado tem direito para exigir que se faça compensação ou encontro de uma dívida com a outra, em tanto quanto ambas concorrem.”

10 Serpa Lopes, ob. cit., vol. II, nº 235.

E o art. 440 esclarecia:

“Todavia, se um comerciante, sendo demandado pela entrega de certa quantia, ou outro qualquer valor dado em guarda ou depósito, alegar que o credor lhe é devedor de outra igual quantia ou valor, não terá lugar a compensação, e será obrigado a entregar o depósito; salvo se a sua dívida proceder de título igual.”

D) Confusão

28. Conceito – Por *confusão* entende-se o fato de, na mesma pessoa, recaírem as qualidades de credor e devedor. Em tal caso, a obrigação se extingue até a parte equivalente do débito e do crédito.

Se, por acaso, credor ou devedor estiver ligado a outras pessoas pelo vínculo da solidariedade, operando-se a confusão, essa só libertará os credores ou devedores solidários até o equivalente da mesma. Na parte restante perdura a solidariedade ativa ou passiva, pois a obrigação não se extinguiu totalmente, e sim apenas de modo parcial (Código Civil, art. 383).

29. Diferença entre confusão e compensação – À primeira vista, pode parecer que a *confusão* é mera forma de compensação, já que para ambas operarem a extinção da obrigação se confrontam débitos e créditos.

Na realidade, assim não se dá. Na compensação há credores e devedores diversos, cada um com direito a exigir uma prestação; na confusão, pelo contrário, trata-se apenas de um credor ou devedor que acumula os encargos de exigir e de cumprir a prestação. Daí dizer Serpa Lopes: “Na compensação dá-se... o concurso de sujeitos de direitos creditórios recíprocos, ao passo que, na confusão, se cogita de um só título creditório, reunido numa pessoa, ao mesmo tempo credora e devedora”.¹¹ Baseia-se a extinção no fato de ser inoperante alguém exigir de si mesmo o cumprimento da obrigação. Por tal razão esclarece o Código Civil (art. 381) que a obrigação se extingue “desde que, na mesma pessoa, se confundam as qualidades de credor e devedor”.

E) Remissão

30. Noção – O Código Civil não nos deu um conceito de remissão, o que ocorreu com a compensação e a confusão. Entretanto, Clóvis Beviláqua a define¹² como sendo “a liberação graciosa da dívida”. M. I. Carvalho de Mendonça é mais explícito ao declarar que “a remissão é uma renúncia gratuita do crédito, incondicionalmente manifestada pelo credor em benefício do devedor”.¹³

Tem-se, assim, a remissão quando um credor renuncia à prestação a que tem direito, em benefício do devedor, extinguindo-se, desse modo, a obrigação. É, portanto, um ato de liberalidade por parte do credor, que espontaneamente se demite do direito de receber a prestação que lhe é devida pelo devedor.

11 Serpa Lopes, ob. cit., vol. II, nº 289-A.

12 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.053.

13 M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, 4ª ed. aumentada e atualizada por Aguiar Dias, Ed. Revista Forense, 1956, t. I, nº 408.

31. A manifestação do devedor na remissão – A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro (Código Civil, art. 385). Discutia-se, em doutrina, se para surtir efeito a remissão necessitava ser aceita, expressa ou tacitamente, pelo devedor. Para M. I. Carvalho de Mendonça não era necessária a aceitação da remissão; segundo esse autor, “a aceitação do remido não é essencial. A remissão é um ato unilateral manifestado pelo credor”.¹⁴ Esse é o mesmo ponto de vista de Pacifici-Mazzoni.

Outros autores, entretanto, defendiam que para a remissão poder surtir efeito é indispensável a manifestação, tácita ou expressa, do devedor, por se tratar de um ato bilateral. Assim se expressou, entre outros, Clóvis Beviláqua, ao declarar que “se o credor, voluntariamente, entrega ao seu devedor o título particular da dívida, e este último o aceita, houve perdão da dívida”;¹⁵ Serpa Lopes¹⁶ e o comercialista Carvalho de Mendonça (J. X.) são da mesma opinião, textualmente esclarecendo o último: “Ela deve resultar da convenção entre as partes, sendo indispensável a aceitação do devedor. Ninguém pode ser obrigado a aceitar benefício.”¹⁷

Evidentemente, havendo, na relação obrigacional, não apenas o direito do credor de exigir a prestação como o dever do devedor de efetuá-la, não poderá um ato voluntário do credor eximir o devedor de cumprir a prestação. Poderá, em última instância, o credor abster-se de receber a prestação, mas ao devedor cabe, em tal caso, fazer a consignação da mesma em favor do credor, como esclarecedoramente afirmou Carvalho de Mendonça.¹⁸

32. Modos de remissão – A remissão poderá ser expressa ou tácita ou presumida. *Expressa*, quando conste de um documento que comprove a convenção existente entre o devedor e o credor, documento em que esteja manifestado o desejo de demitir-se o credor do direito de receber a prestação e o do devedor de aceitar tal liberalidade; *tácita* ou *presumida* quando resultar de ato que demonstre o inequívoco desejo de não querer o credor receber a prestação que lhe é devida e de aceitar o devedor esse ato voluntário do credor.

Ainda pode a remissão operar-se total ou parcialmente. Na remissão total, a liberalidade compreende a totalidade da prestação; na parcial, apenas parte da mesma.

33. A remissão no Código Civil de 2002 – O Código Civil trata da remissão nos arts. 385 a 388. Nos arts. 385 e 386, declara que:

“A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro” (art. 385);

14 M. I. Carvalho de Mendonça, ob. e t. cits., nº 411.

15 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.053.

16 Serpa Lopes, ob. e vol. cits., nº 300, p. 400.

17 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, t. II, vol. VI, nº 319.

18 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, t. II, vol. VI, nº 519, nota 2.

“A devolução voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir” (art. 386).

Evidencia-se, assim, que a entrega do título por parte do credor deve ser voluntária; que não só o devedor como os seus coobrigados ficam exonerados da prestação; e que, para que tal possa ocorrer, necessário será que o credor seja capaz de alienar e o devedor capaz de adquirir.

No art. 387 estabelece o Código Civil que:

“A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida.”

Verifica-se, aqui, que apenas a garantia real é remida, perdurando, entretanto, a dívida. A coisa dada em penhor não ficará mais garantindo o cumprimento da obrigação, como estabelece o art. 1.419 do Código Civil, desaparecendo, desse modo, o vínculo real para restar apenas a dívida.

Por último, o art. 388, ao estatuir que “a remissão concedida a um dos co-devedores extingue a dívida na parte a ele correspondente; de modo que, ainda reservando o credor a solidariedade contra os outros, já lhes não pode cobrar o débito, sem dedução da parte remetida”, apenas repete, como observa Clóvis,¹⁹ o que antes já fora estatuído na parte relativa à solidariedade passiva. Efetivamente, o art. 207 estabelece que:

“O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores *senão até a concorrência da quantia paga ou relevada.*”

34. A remissão em matéria cambial e falimentar – No setor cambial, “o portador da letra de câmbio, perdendo a obrigação do aceitante, antes do vencimento, exonera, ao mesmo tempo, os outros coobrigados”.²⁰ Também na falência a remissão da dívida não produz efeito contra a massa, dentro de determinado período, consoante estatui o art. 129, IV, da Lei de Falências.

F) Outras modalidades previstas pelo ordenamento jurídico para a extinção das obrigações

35. Transação e compromisso – Afora as acima mencionadas, existem outras modalidades de serem extintas as obrigações, como a *transação* e o *compromisso*.

O Código Civil de 1916 inseria a transação e o compromisso como modalidades de extinção das obrigações.

O Código Civil de 2002, na esteira de orientação mais moderna, os trata como contratos, em vez de acordos puramente extintivos das obrigações (Código Civil de 2002, Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), Título VI (Das

19 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.053.

20 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, 2ª parte, nº 735.

Várias Espécies de Contrato), Capítulo XIX (Da Transação) e Capítulo XX (Do Compromisso). Transação e compromisso têm por objetivo principal a extinção de obrigações, mas não se limitam a isso.

Pelo contrato da transação, os interessados, mediante concessões mútuas, previnem ou terminam um litígio real ou potencial (art. 840).

Pelo contrato de compromisso, os interessados, em vez de recorrerem ao Poder Judiciário, escolhem juízes-árbitros para resolverem litígios reais ou potenciais (art. 851). Na realidade, por meio do compromisso as partes apenas preferem o juízo arbitral ao Poder Judiciário. O compromisso é disciplinado pela Lei nº 9.307, de 23.12.1996, que dispõe sobre a arbitragem, nos arts. 3º a 12.

O Código Comercial de 1850 estabelecia, no nº 5 do art. 302, relativo aos requisitos necessários aos contratos de sociedades comerciais, o juízo arbitral obrigatório, ao dispor que dos contratos constasse “a forma da nomeação dos árbitros para juízes das dúvidas sociais”. Essa cláusula foi, entretanto, abolida pelo Decreto nº 3.900, de 26.07.1867. Já hoje, assim, não é mais obrigatório o juízo arbitral nas questões de sociedades comerciais. Poderão, entretanto, querendo, as partes se louvar em árbitros para resolver as suas questões. Na sociedade anônima, o estatuto social pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar (Lei nº 6.404, de 15.12.1976, art. 109, § 3º). A Lei nº 9.307, de 23.09.1996, dispõe detalhadamente sobre a arbitragem.

36. Prescrição. Noção – Outro modo extintivo das obrigações é a *prescrição*. Na definição de Clóvis, “prescrição é a perda da ação atribuída a um direito”, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”. E acrescenta: “Não é a falta de exercício do direito que lhe tira o vigor; o direito pode conservar-se inativo por longo tempo, sem perder a sua eficácia. É o não uso da ação que lhe atrofia a capacidade de reagir”.²¹

Note-se que Clóvis Beviláqua escreveu na vigência do Código Civil de 1916, cujo art. 75 dispunha o seguinte: *Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura*. O Código Civil de 2002 não reproduziu esse artigo. Optou, no art. 189, por vincular a prescrição à pretensão fundada num direito objetivo (violado o direito, nasce para o titular a *pretensão*). A lição de Clóvis ainda retém o seu valor. Segundo a Carta da República, de 1988, é a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; e a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição da República, art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV). Mas, se, num determinado prazo, o titular desse direito não exercita a ação que lhe compete, esta prescreve, acarretando, também, o perecimento do Direito. O texto do art. 75 do Código Civil de 1916 também retém

21 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 161.

o seu valor; basta, para tanto, que nele se leia a palavra “ação” como sinônimo de atitude ou comportamento comissivo do seu titular.

O art. 189 do Código Civil de 2002 e o art. 75 do Código Civil de 1916

“Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Esses dois artigos podem ser conjugados e harmonizados da seguinte forma para satisfação dos processualistas mais modernos:

1. A todo direito corresponde uma ação (= um comportamento, uma atitude) comissiva ou omissiva de seu titular. A obra de Caio Mário da Silva Pereira contribui de maneira significativa para um detalhamento dessa afirmação (Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Rio: Forense, 2005, vol. I, pp. 13-39, *passim*).

Direito objetivo é o comando estatal, a norma legal ditada pelo Poder Público, a *norma agendi*.

Direito subjetivo é a faculdade de comportamento comissivo ou omissivo atribuída pela norma legal, a *facultas agendi*, que sugere a ideia de um dever a ser prestado por outra pessoa, um *poder-dever*; traduz-se em uma *pretensão* fundada num direito objetivo e decorrente do descumprimento de uma prestação (de dar, fazer ou não fazer) por parte de outrem; quando violado, nasce para o seu titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição (Código Civil, art. 189).

Assim se, dentro de determinado espaço de tempo, a pessoa não exercitar a ação (= comportamento, atitude) que lhe competia, ocorre a prescrição. Perdendo o direito à ação, perde, por isso mesmo, o de exigir do devedor o cumprimento da obrigação. Por tal razão se coloca a prescrição como uma das causas extintivas da obrigação.

Direito potestativo, expressão criada por Chiovenda, é a faculdade de comportamento comissivo ou omissivo atribuída pela norma legal, a *facultas agendi*, que sugere a ideia de um *poder-sujeição*; poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para o exercício do direito de outrem, de outro; o sujeito pode manifestar unilateralmente a sua vontade e, com isso, criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica em que outrem é diretamente interessado, sem o concurso da vontade deste. Eis alguns exemplos: o poder do mandante, de revogar o mandato (Código Civil, arts. 682 a 691); o poder do doador de revogar a doação (Código Civil, arts. 555 a 564); o poder do herdeiro de aceitar ou renunciar à herança (Código Civil, arts. 1.804 a 1.813); o poder de renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores (Código Civil, art. 282); o poder de revogar o ato de disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico (Código Civil, art. 14); o poder de despedida do empregado.

No paradigma do Código Civil de 2002, por prescrição se entende a inércia do titular de uma pretensão fundada num direito objetivo que a assegura.

37. Prescrição e decadência – Assunto que tem causado inúmeras controvérsias é a distinção entre *prescrição* e *decadência*. Tendo ambas os mesmos fundamentos, que se traduzem pela inércia do titular de um direito por um espaço de tempo determinado, possuem, entretanto, conceitos distintos, levando a consequências diversas.

O Código Civil, na Parte Geral, Título IV, trata da prescrição e da decadência destacadamente, nos Capítulos I (Da Prescrição) e II (Da Decadência).

Tanto a sistemática do Código Civil de 2002 quanto a sua explicação por Miguel Reale, presidente da comissão que elaborou o respectivo anteprojeto, deixam claro que todas as normas prescricionais se acham enumeradas na Parte Geral do Código; que cada norma de decadência está acoplada ao preceito cuja decadência deve ser decretada; e que salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição (*In: cjf.gov.br\eventos\seminários*, sítio consultado em 20.03.2009).

Por prescrição, já vimos que se entende a inércia do titular de uma pretensão fundada num direito objetivo que a assegura.

Como acentuava Clóvis, a prescrição é o não uso da ação (leia-se: da atitude) destinada a resguardar o direito que faz com que este pereça. O Direito poderia conservar-se inativo por longo espaço de tempo sem que o seu titular fosse prejudicado. Havendo, contudo, uma ação para assegurar esse direito, ação que deve ser exercida em um prazo certo, se a mesma não for posta em prática prescreverá e, em consequência, também perecerá o Direito.

Já a decadência, baseada no mesmo princípio de inatividade do titular do Direito, tem sentido diferente. Se, na prescrição, o que prescreve é a pretensão fundada num direito objetivo que a assegura, só por esse fato prescrevendo o Direito, na decadência a inatividade do titular atinge diretamente o Direito, nada tendo a ver com a pretensão veiculada numa ação. Quando a lei, por exemplo, determina um prazo certo para que alguém faça valer um direito, caso esse alguém não o exercite no espaço de tempo determinado, o direito decai. Diverge, assim, a decadência da prescrição, porque nesta o fundamental é o não exercício da ação própria para veicular uma pretensão fundada num direito objetivo que a assegura, enquanto que na decadência é a falta mesma de exercício do direito que faz com que este decaia.

O Código Comercial de 1850 regulava a prescrição nos arts. 441 a 456. O Código Civil de 1916 a regulava nos arts. 161 a 179. Nenhum deles tratava sistematicamente da decadência.

O Código Civil de 2006, como já mencionado, trata destacadamente da prescrição e da decadência, na Parte Geral, Título IV, nos Capítulos I (Da Prescrição) e II (Da Decadência).

Se bem que, teoricamente, prescrição e decadência sejam fatos jurídicos aproximados, pois ambas se baseiam na inércia do titular do Direito em certo período de tempo, na prática a distinção tem interesse.

A seguir, apresentam-se as semelhanças e as diferenças mais marcantes fixadas no Código Civil entre a prescrição e a decadência.

Semelhanças:

1. Não correm nem a prescrição e nem a decadência contra os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: a) os menores de dezesseis anos; b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e c) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (Código Civil, arts. 198, I, e 208).
2. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição e à decadência ou não as alegarem (Código Civil, arts. 195 e 208).

Diferenças:

1. Pode haver renúncia expressa ou tácita à prescrição (Código Civil, art. 191). É nula a renúncia à decadência fixada em lei, mas deve o juiz, de ofício, conhecer dela, quando estabelecida por lei (Código Civil, arts. 209 e 210).
2. A prescrição é sempre legal. Seus prazos não podem ser alterados por acordo das partes. Trata-se de instituto de ordem pública, que opera independentemente da vontade das partes. A decadência pode ser legal ou convencional (Código Civil, art. 211).
3. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita. A decadência convencional pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita, mas o juiz não pode suprir a alegação (Código Civil, arts. 193 e 211).
4. O Código Civil prevê expressamente “causas que impedem ou suspendem” e as “causas que interrompem a prescrição” (Código Civil, arts. 197 a 204). Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição (Código Civil, art. 207).
5. No Código Civil, todos os prazos prescricionais se encontram sistematicamente fixados nos arts. 205 a 206. Os prazos decadenciais não são arrolados sistematicamente; acham-se em dispositivos esparsos e sempre vinculados a uma norma específica de direito material.

38. Prazos de prescrição – Estando a prescrição ligada ao decurso de tempo em que a pessoa fica inativa para exercitar ação, o prazo é essencial para que se extingam os direitos e, conseqüentemente, as obrigações.

Diversos são os prazos referentes à prescrição, enumerados não apenas no Código Civil como em leis outras. A regra geral, sujeita a inúmeras exceções, é de dez anos.

“A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor” (Código Civil, art. 205, *caput*).

Existem vários prazos prescricionais menores previstos no Código Civil de 2002 e em leis diversas e esparsas.

Código Civil de 2002:

Prescrevem em um ano (art. 206, § 1º):

1. a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;
2. a pretensão do segurado contra o segurador; ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;
3. a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;
4. a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembleia que aprovar o laudo;
5. a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

Prescreve em dois anos (art. 206, § 2º):

1. a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

Prescrevem em três anos (art. 206, § 3º):

1. a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;
2. a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;
3. a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;
4. a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;
5. a pretensão de reparação civil;
6. a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;
7. a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima; b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento; c) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação;
8. a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

9. a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

Prescreve em quatro anos (art. 206, § 4):

1. a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

Prescrevem em cinco anos (art. 206, § 5):

1. a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;
2. a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato.

Por amostragem, segue um rol não exaustivo de leis esparsas, que fixam outros prazos prescricionais. Note-se que os textos anteriores ao Código Civil de 2002 podem gerar problemas hermenêuticos de conflito de leis no tempo; e, se for o caso, a interpretação deverá orientar-se pelos parágrafos do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) (“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”).

Código Comercial de 1850:

Dos capitães e mestres de navio:

“Art. 512. Na volta da embarcação ao porto donde saiu, ou naquele onde largar o seu comando, é o capitão obrigado a apresentar a matrícula original na repartição encarregada da matrícula dos navios, dentro de 24 (vinte e quatro) horas úteis depois que der fundo, e a fazer as mesmas declarações ordenadas no artigo precedente. Passados 8 (oito) dias depois do referido tempo, prescreve qualquer ação de procedimento, que possa ter lugar contra o capitão por faltas por ele cometidas na matrícula durante a viagem (...).”

Seguros Marítimos: Obrigações recíprocas do segurador e do segurado

“Art. 720. Se passado 1 (um) ano a datar da saída do navio nas viagens para qualquer porto da América, ou 2 (dois) anos para outro qualquer porto do mundo, e, tendo expirado o tempo limitado na apólice, não houver notícia alguma do navio, presume-se este perdido, e o segurado pode fazer abandono ao segurador, e exigir o pagamento da apólice; o qual, todavia, será obrigado a restituir, se o navio se não houver perdido e se vier a provar que o sinistro aconteceu depois de ter expirado o termo dos riscos.”

Decreto-lei nº 5.452, de 1º.05.1943 (Consolidação das Leis do Trabalho):

“Art. 11. O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve:

I – em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

II – em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social.

Art. 12. Os preceitos concernentes ao regime de seguro social são objeto de lei especial.

Art. 119. Prescreve em 2 (dois) anos a ação para reaver a diferença, contados, para cada pagamento, da data em que o mesmo tenha sido efetuado.”

Lei nº 5.889, de 08.06.1973 (Lei do Trabalhador Rural):

“Art. 10. A prescrição dos direitos assegurados por esta Lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho.

Parágrafo único. Contra o menor de dezoito anos não corre qualquer prescrição.”

Lei nº 6.404, de 12.12.1976 (Lei das Sociedades por Ações):

(Liquidação da sociedade por ações: Prestação de contas do liquidante)

“Art. 216. Pago o passivo e rateado o ativo remanescente, o liquidante convocará a assembleia geral para a prestação final das contas.

§ 1º Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação e a companhia se extingue.

§ 2º O acionista dissidente terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da ata, para promover a ação que lhe couber.

Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos.

Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembleia geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou evitadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

Art. 287. Prescreve:

I – em 1 (um) ano:

a) a ação contra peritos e subscritores do capital, para deles haver reparação civil pela avaliação de bens, contado o prazo da publicação da ata da assembleia geral que aprovar o laudo;

b) a ação dos credores não pagos contra os acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da companhia.

II – em 3 (três) anos:

a) a ação para haver dividendos, contado o prazo da data em que tenham sido postos à disposição do acionista;

b) a ação contra os fundadores, acionistas, administradores, liquidantes, fiscais ou sociedade de comando, para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção de grupo, contado o prazo:

1 – para os fundadores, da data da publicação dos atos constitutivos da companhia;

2 – para os acionistas, administradores, fiscais e sociedades de comando, da data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido;

3 – para os liquidantes, da data da publicação da ata da primeira assembleia geral posterior à violação.

- c) a ação contra acionistas para restituição de dividendos recebidos de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata da assembleia geral ordinária do exercício em que os dividendos tenham sido declarados;
- d) a ação contra os administradores ou titulares de partes beneficiárias para restituição das participações no lucro recebidas de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata da assembleia geral ordinária do exercício em que as participações tenham sido pagas;
- e) a ação contra o agente fiduciário de debenturistas ou titulares de partes beneficiárias para dele haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei ou da escritura de emissão, a contar da publicação da ata da assembleia geral que tiver tomado conhecimento da violação;
- f) a ação contra o violador do dever de sigilo de que trata o art. 260 para dele haver reparação civil, a contar da data da publicação da oferta.
- g) a ação movida pelo acionista contra a companhia, qualquer que seja o seu fundamento.

Art. 288. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, ou da prescrição da ação penal.”

Lei nº 7.565, de 19.12.1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica):

“Art. 316. Prescreve em 6 (seis) meses, contados da tradição da aeronave, a ação para haver abatimento do preço da aeronave adquirida com vício oculto, ou para rescindir o contrato e reaver o preço pago, acrescido de perdas e danos.

Art. 317. Prescreve em 2 (dois) anos a ação:

I – por danos causados a passageiros, bagagem ou carga transportada, a contar da data em que se verificou o dano, da data da chegada ou do dia em que devia chegar a aeronave ao ponto de destino, ou da interrupção do transporte;

II – por danos causados a terceiros na superfície, a partir do dia da ocorrência do fato;

III – por danos emergentes no caso de abalroamento a partir da data da ocorrência do fato;

IV – para obter remuneração ou indenização por assistência e salvamento, a contar da data da conclusão dos respectivos serviços, ressalvado o disposto nos parágrafos do art. 61;

V – para cobrar créditos, resultantes de contratos sobre utilização de aeronave, se não houver prazo diverso neste Código, a partir da data em que se tornem exigíveis;

VI – de regresso, entre transportadores, pelas quantias pagas por motivo de danos provenientes de abalroamento, ou entre exploradores, pelas somas que um deles haja sido obrigado a pagar, nos casos de solidariedade ou ocorrência de culpa, a partir da data do efetivo pagamento;

VII – para cobrar créditos de um empresário de serviços aéreos contra outro, decorrentes de compensação de passagens de transporte aéreo, a partir de quando se tornem exigíveis;

VIII – por danos causados por culpa da administração do aeroporto ou da Administração Pública (art. 280), a partir do dia da ocorrência do fato;

IX – do segurado contra o segurador, contado o prazo do dia em que ocorreu o fato, cujo risco estava garantido pelo seguro (art. 281);

X – contra o construtor de produto aeronáutico, contado da ocorrência do dano indenizável.

Parágrafo único. Os prazos de decadência e de prescrição, relativamente à matéria tributária, permanecem regidos pela legislação específica.

Art. 318. Se o interessado provar que não teve conhecimento do dano ou da identidade do responsável, o prazo começará a correr da data em que tiver conhecimento, mas não poderá ultrapassar de 3 (três) anos a partir do evento.

Art. 319. As providências administrativas previstas neste Código prescrevem em 2 (dois) anos, a partir da data da ocorrência do ato ou fato que as autorizar, e seus efeitos, ainda no caso de suspensão, não poderão exceder esse prazo.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos prazos definidos no Código Tributário Nacional.

Art. 320. A intervenção e liquidação extrajudicial deverão encerrar-se no prazo de 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Ao término do prazo de 2 (dois) anos, a partir do primeiro ato, qualquer interessado ou membro do Ministério Público, poderá requerer a imediata venda dos bens em leilão público e o rateio do produto entre os credores, observadas as preferências e privilégios especiais.

Art. 321. O explorador de serviços aéreos públicos é obrigado a conservar, pelo prazo de 5 (cinco) anos, os documentos de transporte aéreo ou de outros serviços aéreos.”

Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor):

“Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

Lei nº 9.279, de 14.05.1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial:

“Art. 174. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão.

Art. 225. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial.”

Anexo I ao Decreto nº 57.663, de 24.01.1966 (Lei Uniforme de Genebra em matéria de letras de câmbio e notas promissórias):

“Artigo 70º Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento.

As ações do portador contra os endossantes e contra o sacador prescrevem em um ano, a contar da data do protesto feito em tempo útil, ou da data do vencimento, se se trata de letra que contenha cláusula “sem despesas”.

As ações dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em seis meses a contar do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi acionado.

Artigo 71º A interrupção da prescrição só produz efeito em relação à pessoa para quem a interrupção foi feita.”

Anexo I ao Decreto nº 57.595, de 04.01.1966 (Lei Uniforme de Genebra em matéria de cheque)

“Artigo 52º Toda a ação de portador contra os endossantes, contra o sacador ou contra os demais coobrigados prescreve decorridos que sejam seis meses, contados do termo do prazo de apresentação.

Toda a ação de um dos coobrigados no pagamento de um cheque contra os demais prescreve no prazo de seis meses, contados do dia em que ele tenha pago o cheque ou do dia em que ele próprio foi acionado.

Artigo 53º A interrupção da prescrição só produz efeito em relação à pessoa para a qual a interrupção foi feita.”

Lei nº 7.357, de 02.09.1985 (Lei do Cheque):

“Art. 59. *Prescrevem em 6 (seis) meses*, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador.

Parágrafo único. A ação de regresso de um obrigado ao pagamento do cheque contra outro *prescreve em 6 (seis) meses*, contados do dia em que o obrigado pagou o cheque ou do dia em que foi demandado.

Art. 60. A interrupção da prescrição produz efeito somente contra o obrigado em relação ao qual foi promovido o ato interruptivo.

Art. 61. A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não pagamento do cheque, *prescreve em 2 (dois) anos*, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta Lei.

Art. 62. Salvo prova de novação, a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não pagamento.”

Lei nº 5.474, de 18.07.1968 (Lei das Duplicatas):

“Art 18. A pretensão à execução da duplicata prescreve:

I – contra o sacado e respectivos avalistas, em 3(três) anos, contados da data do vencimento do título;

II – contra endossante e seus avalistas, em 1 (um) ano, contado da data do protesto;

III – de qualquer dos coobrigados contra os demais, em 1 (um) ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título.

§ 1º A cobrança judicial poderá ser proposta contra um ou contra todos os coobrigados, sem observância da ordem em que figurem no título.

§ 2º Os coobrigados da duplicata respondem solidariamente pelo aceite e pelo pagamento.”

Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional):

“Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição (total ou parcial de tributo).

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário *prescreve em cinco anos*, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

Lei nº 11.101, de 09.02.2005 (Lei de Falências e Recuperações de sociedades empresárias)

“Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no *caput* deste artigo.

Art. 182. A prescrição dos crimes previstos nesta Lei rege-se pelas disposições do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Parágrafo único. A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.”

39. Renúncia da prescrição e da decadência – A prescrição extingue a obrigação pela perda da ação do credor para haver do devedor a prestação, perda essa motivada pela inércia daquele durante determinado espaço de tempo. Enquanto, entretanto, a obrigação se extingue, o devedor adquire um direito, ou seja, o direito de não efetuar a prestação. Como quase todos os direitos, pode esse ser renunciado pelo seu titular. Para isso, contudo, necessário é que o titular já esteja de posse desse direito, o que só acontece quando a prescrição é consumada, visto que a prescrição é instituto de ordem pública, que opera independentemente da vontade das partes.

Por tal razão, o Código Civil estatui, no art. 191, *caput*, que:

“A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá sendo feita sem prejuízo de terceiro, *depois que a prescrição se consumar...*”

Evidentemente, só nascendo o direito do devedor quando se consuma a prescrição, apenas a partir desse instante poderá o titular do direito a ele renunciar.

Esclarece o Código que a renúncia pode ser *expressa* ou *tácita*. Expressa é a renúncia que decorre da manifestação direta da vontade do titular do Direito. Pode essa manifestação da vontade traduzir-se por documentos ou por palavras. O essencial é que o desejo de renúncia seja manifestado diretamente pelo renunciante.

A renúncia tácita é a que se deduz de atos praticados pelo renunciante, demonstrativos do seu desejo de abdicar do direito que lhe compete. É um meio indireto de manifestar a vontade. A lei civil esclarece que “tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição” (art. 191, *in fine*). E Clóvis Beviláqua exemplifica: “A renúncia tácita resulta das circunstâncias desde que o interessado pratica atos incompatíveis com a prescrição, como se o devedor paga a dívida prescrita ou entra com o credor em acordo a respeito da solução dela, ou realiza outro ato que importe o reconhecimento do direito do credor.”²²

22 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 1, anot. ao art. 161.

A renúncia, tácita ou expressa, só valerá, entretanto, sendo feita sem prejuízo de terceiros. Esses, na realidade, devem ter os seus direitos resguardados, de modo a não serem prejudicados com o ato pessoal do renunciante. A lei assim o exige, tendo em vista evitar fraudes cometidas através da renúncia à prestação, com prejuízo para os terceiros.

É nula a renúncia à decadência fixada em lei (Código Civil, art. 209), mas deve o juiz, de ofício, conhecer dela, quando estabelecida por lei (Código Civil, art. 210).

40. Impedimentos da prescrição e da decadência – O Código Civil prevê expressamente “causas que impedem ou suspendem” e as “causas que interrompem a prescrição” (Código Civil, arts. 197 a 204). Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição (Código Civil, art. 207).

Apesar de ser a prescrição instituto de ordem pública, operando-se independentemente da vontade das partes, várias causas existem que impedem o seu início ou que a suspendem e a interrompem, mesmo já iniciada.

O Código Civil enumera essas causas, nos arts. 197 a 201, sem, contudo, fazer a distinção entre aquelas que *impedem* a prescrição e as que *suspendem*, apenas mencionando, isoladamente, as causas que interrompem a prescrição. Os autores, em geral, também tratam do assunto englobadamente, deixando à jurisprudência e aos estudiosos a tarefa de fazer a separação.

Analisando o texto legal, podemos distinguir as causas que *impedem* a prescrição, obstando o seu início. Tais são:

a) Quando a relação obrigacional se estabelece entre cônjuges (Código Civil, art. 197, I) na constância da sociedade conjugal. Em tais circunstâncias, nem sequer se inicia a prescrição, tendo em vista a unidade de interesses que deve existir no casal. Se, entretanto, a sociedade conjugal está desfeita, seja por morte de um dos cônjuges, seja por nulidade ou anulação do casamento, por separação judicial ou por divórcio (Código Civil, art. 1.571), cessa a causa impeditiva da prescrição, podendo, assim, a mesma se realizar.

Em doutrina, tendo em vista o disposto nos arts. 1.571, § 1º, e 1.577, *caput*, do Código Civil não é pacífico o ponto de vista de que, com a separação judicial, possa correr a prescrição, porque a separação judicial apenas põe termo à sociedade conjugal, perdurando, contudo, o vínculo matrimonial. Clóvis Beviláqua, repetidamente, afirmava:

“O desquite põe termo à vida em comum, separa os cônjuges, restitui-lhes a liberdade, permite-lhes dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro no que quer que seja; *mas conserva íntegro o vínculo do matrimônio*”. E mais adiante: “Dissolve-se a sociedade conjugal, cada cônjuge retira os seus bens, *porém subsiste o vínculo matrimonial*.”²³

Tanto o parágrafo único do art. 315 do Código Civil de 1916, quanto o parágrafo único do art. 2º da Lei 6.515, de 26.12.1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, já dispunham que “o casamento válido *só se dissolve* pela morte de um dos cônjuges”, o que significa que dos itens enumerados pelo Código Civil de 2002 para o término da sociedade conjugal (morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação de casamento, separação judicial ou divórcio) só a separação judicial, apesar de pôr término à sociedade conjugal, não dissolve o matrimônio, já que o casamento nulo ou anulável não é *válido* e a lei claramente o inclui entre as causas que dissolvem o vínculo matrimonial, ao declarar que “o casamento *válido* (portanto, aí não se inclui o nulo ou anulável, que não é válido) só se dissolve pela morte de um dos cônjuges”.

Baseados nesse fato, vários autores sustentam que não se dissolvendo o vínculo matrimonial pela separação judicial apesar de dissolver esse a vida em comum, isto é, a sociedade conjugal, não pode correr prescrição entre os cônjuges separados, já que o Código, no art. 197, diz:

“Não corre a prescrição:

I – entre os cônjuges, *na constância da sociedade conjugal.*”

Apesar de aparentemente lógica a conclusão, somos de opinião, com Serpa Lopes,²⁴ de que, com a separação, amigável ou judicial, cessa a causa que impedia a prescrição. Motiva-se nossa opinião não apenas nas razões expendidas por Serpa Lopes, como, principalmente, pelo que dispunha o art. 322 do Código Civil de 1916 e dispõem os arts. 1.575 e 1.580, do Código Civil de 2002. Rezam esses artigos:

“A sentença do desquite autoriza a separação dos cônjuges e põe termo ao regime matrimonial dos bens *como se o casamento fosse dissolvido*” (Código Civil de 1916).

“A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida” (Código Civil de 2002).

“Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos” (Código Civil de 2002).

Ora, se a sociedade conjugal termina, cada um dos cônjuges passa a ter direitos individuais sobre referidos bens, sem ficar sujeito à concordância ou autorização do outro. Clóvis esclarecia muito bem quando dizia que “separados os cônjuges, *tornam-se eles, um em relação ao outro, pessoas estranhas, desaparecendo* as obrigações recíprocas criadas pelo casamento, e subsistindo apenas as que

nasceram do desquite”.²⁵ Se, em relação aos bens, os cônjuges separados são como pessoas estranhas, não existindo mais entre eles obrigações criadas pelo casamento, no nosso entender cessam as causas impeditivas da prescrição entre eles, apesar de mencionar o art. 197 que a prescrição não pode correr “entre cônjuges, na constância da sociedade conjugal”.

b) Também não corre a prescrição, e essa é uma causa que *impede* que a mesma tenha início, entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder (Código Civil, art. 197, II). Tem esse impedimento sua base em razões de ordem moral, ou seja, “na ideia de paz e segurança nas relações da família”.²⁶ Estando um dos elementos da relação obrigacional sob a jurisdição de outro, através do pátrio poder, seria injusto corresse o prazo prescricional a favor de qualquer deles. Naturalmente, cessado o pátrio poder inicia-se o prazo prescricional, como se conclui do disposto do inciso legal.

c) Igualmente, não tem início a prescrição entre tutelado e curatelado e seus tutores e curadores, durante a tutela ou curatela (Código Civil, art. 197, III). As razões desse impedimento são semelhantes às relativas ao item anterior.

d) Também não corre a prescrição, segundo o art. 199 do Código Civil, pendendo condição suspensiva, ou não estando vencido o prazo, ou pendendo ação de evicção. Essa causa impeditiva do início da prescrição é evidente, pois, em todos os casos citados, há sempre um fato a obstar a aquisição ou o exercício do direito: na pendência da condição suspensiva o direito só será adquirido pelo agente quando a condição se verificar, segundo a regra do art. 125 do Código Civil (“subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar não se terá adquirido o direito, a que ele visa”); não estando vencido o prazo, só com o vencimento é que o titular do direito poderá exercitá-lo; pendendo a ação de evicção, só depois de ser essa decidida é que caberá ao comprador ação contra o devedor. Assim, todos os fatos citados no art. 199 do Código Civil justificam plenamente a impossibilidade de ter início a prescrição.

Tais são, no Código, as causas que *impedem* a prescrição, não podendo, assim, correr prazos prescricionais quando uma dessas causas estiver em jogo.

41. Suspensão da prescrição e da decadência – Outras causas existem que *suspendem* a prescrição, apesar de já iniciada. Em tal caso, o prazo anterior, ou seja, o tempo que decorreu desde o início da prescrição, será contado quando, desaparecendo o motivo que deu lugar à suspensão da prescrição, essa continuar a correr. Esse é um fato que deve ser levado em consideração, pois serve justamente para distinguir a *suspensão* da *interrupção* da prescrição. Neste último caso o prazo anterior, já transcorrido, não é mais levado em consideração, pois a prescrição interrompida cria novo prazo, que se contará da data da interrupção.

²⁵ Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 2, anot. do art. 332.

²⁶ Serpa Lopes, ob. cit., vol. I, p. 399.

Ao passo que a *suspensão* da prescrição apenas sustém, por determinado espaço de tempo, a fluência do prazo, sem anulá-lo, pois a suspensão advém de um fato temporário, afastando os efeitos da prescrição enquanto perdurar esse fato. Posteriormente, cessando a causa, continua-se a contar o prazo com a adição do período anterior à ocorrência do fato que deu motivo à suspensão.

As normas que suspendem a prescrição somente se aplicam à decadência quando houver expressa disposição legal a respeito (Código Civil, art. 207).

De acordo com o Código Civil (art. 198), são causas que dão lugar à *suspensão* da prescrição:

1916:

“Art. 169. Também não ocorre a prescrição:

I – contra os incapazes de que trata o art. 5º;

II – contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios;

III – contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra.

Art. 170. Não corre igualmente:

I – pendendo condição suspensiva;

II – não estando vencido o prazo;

III – pendendo ação de evicção.

Art. 171. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros, se o objeto da obrigação for indivisível.”

2002:

“Art. 198. Também não corre a prescrição:

I – contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II – contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III – contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I – pendendo condição suspensiva;

II – não estando vencido o prazo;

III – pendendo ação de evicção.

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.”

a) Quando, da relação obrigacional, figuram as pessoas absolutamente incapazes, de que trata o art. 3º do Código Civil. Essas pessoas absolutamente incapazes, que não podem exercer pessoalmente atos da vida civil, são os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Note-se que essa mesma causa também suspende a decadência por expressa disposição legal do art. 208 c.c. o art. 198, I, do Código Civil.

b) Quando, da relação obrigacional, figurarem pessoas que se encontram ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios (Código Civil, art. 198, II). Pelas funções que exercem no estrangeiro, a serviço da União, dos Estados ou dos Municípios, estas pessoas ficam liberadas de sofrer os ônus da prescrição enquanto perdurarem referidas funções.

c) Quando, da relação obrigacional, figurarem pessoas que se acham servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra (Código Civil, art. 198, III), justificando-se a exceção da lei pela relevância do serviço prestado à Nação pelas referidas pessoas. Esse dispositivo legal, que já constava do art. 452 do Código Comercial de 1850, fora posteriormente ampliado por leis especiais. Assim, a Lei nº 19, de 10.02.1947, estendeu o dispositivo às pessoas que, em tempo de guerra, serviram em quaisquer organizações militares do Brasil ou de nações aliadas, ainda que sem licença do Governo brasileiro. Mais tarde, a Lei nº 1.025, de 30.12.1949, dispôs que essa suspensão fosse contada, para os militares e civis que serviram na Força Expedicionária Brasileira, na Força Aérea Brasileira ou em Forças das Nações Aliadas durante a Segunda Guerra Mundial, pela forma estabelecida no art. 452 do Código Comercial de 1850, isto é, não apenas enquanto durasse a guerra, mas até um ano depois de encerrado o conflito.

Além da hipótese mencionada sob a letra *a*, *supra*, também suspendem a decadência a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca e a instauração de inquérito civil, até seu encerramento, previstas no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Tais são os casos que *suspendem* a prescrição e a decadência, nos termos do estatuído nos arts. 198 e 208 do Código Civil. Contudo, o Decreto nº 20.910, de 16.01.1932, estabeleceu, também (art. 4º), que a prescrição será suspensa durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, da União dos Estados, dos Municípios, das autarquias ou entidades e órgãos paraestatais, tiverem as repartições ou os funcionários encarregados de estudá-las e apurá-las. Igualmente, o art. 6º da Lei de Falências e Recuperações em vigor (Lei nº 11.101, de 09.02.2005) estatui que “a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções [de quantia líquida] em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”. Na recuperação judicial, essa suspensão, “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial” (Lei nº 11.101, de 09.02.2005, art. 6º, § 4º).

Consequência da suspensão da prescrição é que, operando ela a favor de um dos credores solidários, só aproveita aos outros se o objeto da obrigação for

indivisível (Código Civil, art. 201). Justifica-se esse fato por ser a suspensão da prescrição de efeitos meramente pessoais.

42. Ocorrências das causas do impedimento e suspensão da prescrição e da decadência – Procuramos, linhas acima, fazer a distinção entre causas que impedem a prescrição e causas que motivam a sua suspensão, bem como apontar as hipóteses excepcionais de sua aplicação à decadência, com base no art. 207 do Código Civil. Evidentemente, essa distinção não é absoluta. Uma das causas suspensivas da prescrição ou da decadência pode gerar o impedimento da mesma, desde que se verifique antes de iniciado o prazo prescricional ou decadencial; por outro lado, uma causa impeditiva da prescrição ou da decadência pode transformar-se em causa suspensiva ainda se levando em consideração as circunstâncias especiais como, por exemplo, o casamento de pessoas entre as quais corriam os prazos prescricional ou decadencial.

43. Interrupção da prescrição – Apesar de já iniciada, a prescrição pode ser *interrompida* por ato do titular do Direito em vias de prescrição, de quem legalmente o represente ou também por ato de terceiro que tenha legítimo interesse. Verifica-se, assim, que tanto a suspensão como a interrupção têm por finalidade fazer com que a prescrição seja sustada. Divergem, contudo, esses dois modos de quebrar a fluência normal do prazo prescricional. Enquanto com a *suspensão* há uma quebra temporária da fluência dos prazos, ficando válida, porém, a parte já decorrida, que será levada em conta quando desaparecer a causa da suspensão, adicionando-se ao prazo que faltar para que a prescrição se opere, na *interrupção* fica sem efeito o prazo decorrido, passando-se a contar um novo período a partir do momento em que se faz a interrupção. Essa a principal diferença entre a *suspensão* da prescrição e a sua *interrupção*.

Das Causas que Interrompem a Prescrição

“Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III – por protesto cambial;

IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.”

44. A interrupção da prescrição – O Código Civil estipula, no art. 202, que a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

“I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.”

No processo Civil, o prazo e a forma acima referidos acham-se explicitados no art. 219 do Código de Processo Civil de 1973: a citação válida interrompe a prescrição; a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação; incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário; não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias; não se efetuando a citação nos prazos mencionados anteriormente, haver-se-á por não interrompida a prescrição; não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.

“II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III – por protesto cambial;

IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;”

Neste ponto, vale lembrar o disposto nos arts. 219 e 220 do Código de Processo Civil de 1973:

“Art. 219. A citação válida (...) interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. (...).

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

§ 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

Art. 220. O disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei.”

“VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.”

45. Quem pode promover a interrupção – Como acima frisamos, a interrupção da prescrição só pode ser promovida pelo *próprio titular* do Direito em vias de prescrição, por quem legalmente o represente ou por *terceiro que tenha legítimo interesse* (Código Civil, art. 203). Tendo a interrupção por finalidade

fazer com que o prazo prescricional já vencido desapareça, passando-se a contar outro da data da interrupção ou do último ato do processo para a interromper, *não haverá interrupção quando a citação for nula por vício de forma ou por se achar perempta a instância ou ação.*

A perempção, esclarece Humberto Theodoro Júnior, “consiste na perda do direito de renovar a mesma ação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio: Forense, 1996, vol. I, pp. 310 e 378); “ocorre a perempção quando o autor dá ensejo a três extinções do processo, sobre a mesma lide, por abandono de causa” (Código de Processo Civil, art. 268, parágrafo único).

Sendo a interrupção da prescrição ato pessoal, quando feita por um credor não aproveita aos outros; do mesmo modo, interrompendo-se a prescrição contra o codevedor ou seus herdeiros, os demais coobrigados não ficam prejudicados. Se, entretanto, há credores solidários, a interrupção aberta por um aproveita aos demais; igualmente, quando efetuada contra o devedor solidário, envolve os demais e seus herdeiros. Quando operada contra um dos herdeiros do devedor solidário, não prejudica aos outros herdeiros ou devedores, a não ser que se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

Por último, quando a interrupção é produzida contra o principal devedor, prejudica o fiador (Código Civil, art. 204 e seus §§ 1º, 2º e 3º).

46. Casos de decadência – Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que não alegarem a decadência oportunamente. Não corre o prazo decadencial contra os absolutamente incapazes (os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade). É nula a renúncia à decadência fixada em lei. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação (Código Civil, arts. 207 a 211).

46-A. Prazos decadenciais – São diversos os prazos de decadência encontrados não apenas no Civil como em várias leis esparsas. Como já mencionado, os prazos decadenciais, não arrolados sistematicamente, acham-se em dispositivos esparsos e sempre vinculados a uma norma específica de direito material.

Segue um rol não exaustivo dos casos de decadência:

No Código Civil:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

Art. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título.

Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência.

Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial.

Parágrafo único. O transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento.

Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência.

Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos.

Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega.”

Decadência na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 1976):

“Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: [...]

IV – o reembolso da ação deve ser reclamado à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da ata da assembleia geral;

§ 4º Decairá do direito de retirada o acionista que não o exercer no prazo fixado.

Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital. [...] § 4º O estatuto ou a assembleia-geral fixará prazo de decadência, não inferior a 30 (trinta) dias, para o exercício do direito de preferência.

Art. 174. Ressalvado o disposto nos artigos 45 e 107, a redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, só se tornará efetiva 60 (sessenta) dias após a publicação da ata da assembleia geral que a tiver deliberado.

§ 1º Durante o prazo previsto neste artigo, os credores quirografários por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão, mediante notificação, de que se dará ciência ao registro do comércio da sede da companhia, opor-se à redução do capital; decairão desse direito os credores que o não exercerem dentro do prazo.

Art. 232. Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a anulação da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido.”

Decadência no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11.09.1990:

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a **contagem** do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da **execução** dos serviços.

§ 3º Tratando-se de **vício oculto**, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.”

Capítulo Segundo
DOS CONTRATOS COMO FONTES
DAS OBRIGAÇÕES COMERCIAIS



DOS CONTRATOS EM GERAL

47. O contrato como fonte de obrigações – Sendo as obrigações relações jurídicas de caráter patrimonial, mediante as quais uma pessoa, que tem o nome de *devedor*, assume o dever de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem, denominado *credor*, para que existam necessárias se tornam causas originárias, de que as obrigações são consequências. A essas causas dá-se, em geral, o nome de *fontes da obrigação*. E dentre elas se destaca, por ser a mais comum, o *contrato*.

48. Conceito de contrato – Segundo Clóvis Beviláqua,¹ entende-se por contrato o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito. Esse conceito era baseado no art. 81 do Código Civil de 1916, que definia o ato jurídico como sendo “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Tal definição, entretanto, vinha recebendo críticas, em virtude do excessivo subjetivismo de que se revestia. Segundo ela, o mero acordo de vontades seria o bastante para criar o contrato, que desse modo quase se confundia com o consentimento ou com o simples negócio jurídico bilateral.²

Por tal razão, atentou-se para a finalidade do contrato e surgiu uma forte corrente doutrinária que o entende como o acordo de vontades de duas ou mais pessoas que tem por finalidade constituir, regular ou extinguir uma relação jurídico-patrimonial. Essa a orientação seguida pelo Código Civil italiano de 1942, cujo art. 1.321 (Livro IV, Título II, Capítulo I) define o contrato como sendo “o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre si *uma relação jurídico-patrimonial*”. Esse novo conceito do Código Civil italiano modificou o que dispunha o art. 1.098 do Código Civil de 1865, revogado, que definia o contrato como “o acordo de duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir entre si *um vínculo jurídico*”.

1 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.079.

2 Cf. Abelmar Ribeiro da Cunha, *Da Formação dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, tese de concurso, Fortaleza, 1955, nº 7, p. 10; Darci Bessone, *Do Contrato*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1960, nº 8 e segs.

Em tais condições, melhor atualmente se conceitua o contrato como “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”.³

49. Algumas peculiaridades dos contratos celebrados no exercício da atividade empresarial – Já vimos, anteriormente, que o direito das obrigações é de caráter geral e, desse modo, afeta os empresários e os não empresários, um *direito comum*, com regras de caráter amplo e inespecífico. Vimos também que, dadas as características próprias das atividades empresariais, muitas vezes as regras gerais sofrem o impacto da realidade empresarial e são a ela amoldadas.

Destacam-se aqui algumas das peculiaridades mais marcantes das atividades empresariais: a primeira delas é a onerosidade; os contratos celebrados no exercício da atividade empresarial são sempre onerosos, pois, tendo o empresário o intuito de lucro nas operações que pratica, regra geral, não se admite possam existir contratos a título gratuito celebrados por empresários; igualmente, os contratos celebrados no exercício da atividade empresarial versam em regra geral sobre coisas móveis. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes (art. 265), mas decorre da lei com muito mais frequência nas relações empresariais. Além disso, sendo o direito empresarial um direito em perene transformação, ligado essencialmente às contingências econômicas, políticas e sociais do mundo, os contratos celebrados no exercício da atividade empresarial necessariamente têm que se adaptar a essa realidade.

50. Prova dos contratos – O Código Civil de 2002 trata sistematicamente da prova na Parte Geral, Livro III (Dos Fatos Jurídicos), Título V (Da Prova – arts. 212 a 232). Dispõe que, salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção e perícia (Código Civil, art. 212). Em seguida, estabelece normas sobre cada um desses meios de prova. E, no art. 216, acrescenta que farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão consertados.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 reza que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131) e disciplina minuciosamente cada um dos meios de prova nos artigos 332 a 443.

Quanto à prova dos contratos, especificamente, várias normas encontradas na Parte Especial do Código Civil costumam impor uma forma especial.

Na atividade empresarial, particularmente, a prova documental é de extrema importância. O contrato pode ser provado por escrituras públicas, escritos particu-

3 Cf. Darci Bessone de Oliveira, ob. cit., nº 10, p. 29.

lares, notas dos corretores e certidões extraídas dos seus protocolos, correspondência epistolar ou por livros dos empresários.

O Código Civil (arts. 215 a 226) e o Código de Processo Civil (arts. 364 a 399) disciplinam cuidadosamente a prova documental por instrumento público e por instrumento particular.

Por *escrituras públicas* ou *instrumentos públicos* entendem-se os celebrados por oficial público, autorizado por lei a, mediante as formalidades também por esta exigida, lhes dar fé pública.⁴ São, assim, documentos que têm por finalidade reproduzir o que foi estabelecido entre as partes, atestado esse fato por alguém que, investido de poderes especiais pelo Estado, possui *fé pública*. Ao ser, assim, firmado entre as partes um acordo com a finalidade de produzir, modificar ou extinguir uma relação jurídica patrimonial, se tal acordo é realizado perante um funcionário do Estado ou serventuário que possui fé pública, tais como os tabeliães, escrevães, cônsules etc., constará de assentos especiais. A qualquer momento, esse oficial poderá fornecer uma cópia, traslado ou certidão do assento, constituindo essa cópia o *instrumento público*.

A *escritura pública, lavrada em notas de tabelião*, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença. Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo. A escritura será redigida na língua nacional. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País. Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes. Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade. Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas. Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las. A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento. Farão a mesma prova e terão a mesma força probante que os originais as certidões tex-

4 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 139.

tuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados, como as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas; os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas; as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais. Quando a lei exigir como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. O documento, feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular. Cessa a fé do documento público sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade. A falsidade consiste: em formar documento não verdadeiro; em alterar documento verdadeiro.

Escritos particulares ou *instrumentos particulares* são aqueles que não são passados por oficiais com fé pública, e sim pelas próprias partes ou por terceiros. O *instrumento particular*, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato. Reputa-se autor do documento particular: aquele que o fez e o assinou; aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas, em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular: no dia em que foi registrado; desde a morte de algum dos signatários; a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários; da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar, na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados de sua juntada aos autos, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro. Cessa, todavia, a eficácia da admissão expressa ou tácita, se o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação. Admitida a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto, o documento particular, de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez a declaração, que lhe é atribuída. O documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que pretende utilizar-se dele, aceitar os

fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram. O *telegrama*, o *radiograma* ou *qualquer outro meio de transmissão* tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente. A firma do remetente nesses meios de transmissão poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora. O *telegrama* ou o *radiograma* presume-se conforme com o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário. O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado. As *cartas*, bem como os *registros domésticos*, provam contra quem os escreveu quando: enunciam o recebimento de um crédito; contêm anotação, que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova. A *nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação*, ainda que não assinada, faz prova em benefício do devedor, tanto no documento que o credor conservar em seu poder, como naquele que se achar em poder do devedor. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios, mas é lícito ao empresário demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos (CPC, art. 378). Os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre empresários. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a *exibição integral dos livros comerciais e dos documentos do arquivo*: na liquidação de sociedade; na sucessão por morte de sócio; quando e como determinar a lei. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a *exibição parcial dos livros e documentos*, extraíndo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas. A *escrituração contábil* é indivisível: se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados, em conjunto, como unidade. A *prova resultante dos livros e fichas* não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos. A *cópia fotográfica de documento*, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original. As *reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas* de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. *Qualquer reprodução mecânica*, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial. As reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, valem como certidões, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original. A *cópia*

de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original. Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo. Se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativo.

A prova não supre a ausência do título de crédito, ou do original, nos casos em que a lei ou as circunstâncias condicionarem o exercício do direito à sua exibição. *Cessa a fé do documento particular quando*: lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade; assinado em branco, for abusivamente preenchido; dar-se-á abuso quando aquele, que recebeu documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, o formar ou o completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário. *Cessa também a fé do documento particular*, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade, a qual pode consistir em formar documento não verdadeiro ou em alterar documento verdadeiro. Incumbe o *ônus da prova*, quando se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir, e, em se tratando de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

O Código Civil (arts. 227 a 229) e o Código de Processo Civil (arts. 400 a 419) também disciplinam cuidadosamente a prova testemunhal dos contratos.

A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte, ou quando só por documento ou por exame pericial puderem ser provados. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Contudo, qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova, ou o credor não puder, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel. Além disso, qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito. É lícito à parte inocente provar com testemunhas: nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada; nos contratos em geral, os vícios do consentimento. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. Não podem ser admitidos como testemunhas: os menores de dezesseis anos; aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade. Segundo o Código de Processo Civil, **são incapazes**: o interdito por demência; o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, que, ao

tempo de depor, não estiver habilitado a transmitir as percepções; o menor de 16 (dezesseis) anos; o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam; **são impedidos**: o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; o que é parte na causa; o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido às partes; **são suspeitos**: o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; o que, por seus costumes, não for digno de fé; o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; o que tiver interesse no litígio. Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas que, em outras circunstâncias, não poderiam ser admitidas como testemunhas. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fatos: que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo ou que exponha essas pessoas a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

51. Forma dos contratos empresariais – Regra geral, haverá liberdade de forma, desde que a lei não determine expressamente a forma solene para a validade do contrato. É o que, com mais clareza, diz o art. 107 do Código Civil, ao estabelecer que: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Algumas vezes, para a sua validade, estabelece a lei que os contratos devem revestir-se de formas especiais. O Código Civil, referindo-se à prova dos negócios jurídicos em geral, prevê expressamente a imposição de forma especial para alguns deles (art. 212). No art. 104, estabelece, de modo amplo, que a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Caso o negócio, para que a lei determinou forma especial, não se revista dessa forma, será considerado nulo, nos termos do art. 166, nº IV, do Código Civil.

Como atos que requerem forma especial estão as *sociedades empresárias*. O Código Civil de 2002 exige que a constituição delas seja sempre feita por *escritura pública* ou instrumento particular, estabelece as cláusulas obrigatórias e prevê a possibilidade de outras meramente facultativas (art. 997).

Também os *títulos de crédito* são documentos formais, necessitando, para a sua validade, que contenham determinados requisitos. A atual lei cambial (Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias), depois de

enumerar (art. 1º) os requisitos essenciais que devem constar das letras de câmbio, estatui (art. 2º) que “o escrito em que faltar algum dos requisitos indicados no artigo anterior não produzirá efeito como letra de câmbio”. Igualmente acontece com os cheques (Lei brasileira sobre o Cheque, arts. 1º e 2º), as *duplicatas de faturas* (Lei nº 5.474, de 18.07.1968, art. 2º, § 1º) e todos os demais títulos de crédito, como por exemplo, o *conhecimento de transporte multimodal da cargas* (Lei nº 9.611, de 19.02.1998, art. 10), o instrumento do contrato de *câmbio marítimo* (Código Comercial, arts. 633 e 634), o contrato de fretamento (Código Comercial, art. 566) etc. Em todos esses casos, para que o título de crédito ou o contrato possa ser provado, necessário é que tenha sido observada a forma prescrita em lei. A obrigatoriedade dos contratos para que são exigidas formas especiais só se torna efetiva quando essa forma é observada. Todas essas exigências estão em perfeita sintonia com o art. 197 do Código Civil, que estipula taxativamente que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

52. Interpretação dos contratos – Para que possam produzir os seus efeitos, os contratos devem ser escritos em língua nacional ou traduzidos para ela, quando primitivamente escritos em língua estrangeira (Código Civil, art. 224).

Coexistem, no mundo, dois modelos distintos de organização do Estado: o absolutista e o democrático. No Estado democrático de Direito, a literatura jurídica identifica dois padrões: o do Estado liberal e o do Estado social. No Estado liberal, a ênfase recai sobre a liberdade, a autonomia da vontade, o individualismo e a igualdade; mas essa igualdade é meramente formal. No Estado social, a liberdade cede maior espaço à responsabilidade; o individualismo cede mais espaço à função social dos institutos; procura-se privilegiar a igualdade substancial. Este último parece formalizado e oficializado pela Carta de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

Segundo Miguel Reale, o Código Civil de 2002 surge como um “ordenamento jurídico constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização, que enfatiza valores, princípios e critérios: valores sociais e éticos; princípios de eticidade, socialidade, concreção ou “concretitude”, operabilidade, e outros; critérios de equidade” (Reale, Miguel. *Sentido do novo Código Civil*. In: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/sentncc.htm>. Site consultado no dia 22.09.2006).

No ordenamento jurídico brasileiro em vigor, nota-se uma nítida linha condutora vinculando a função social da propriedade, do contrato e da empresa.

A propriedade atenderá a sua função social. A ordem econômica deve observar o princípio da **função social** da propriedade. A ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (Constituição de 1988, arts. 5º, XXIII, 170, III, e 193).

O sócio controlador deve usar o poder com o fim de fazer a sociedade realizar o seu objeto e cumprir sua **função social**. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da **função social da empresa** (Lei das Sociedades por Ações, arts. 116, parágrafo único, e 154).

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua *função social* e o estímulo à atividade econômica (Lei nº 11.101, de 09.02.2005, art. 47).

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato* (Código Civil, art. 421). Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (Código Civil, arts. 112 e 113). Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 6.657, de 04.09.1942, art. 5º).

O velho Código Comercial de 1850 compendia regras especiais nos arts. 130 a 133, com a finalidade de fazer com que as vontades dos contratantes, quando expostas de maneira menos clara, pudessem ser melhormente apreendidas por parte daqueles que delas deveriam tomar conhecimento. Embora constantes da parte revogada do Código Comercial, várias dessas regras continuam válidas e algumas foram reforçadas pelo Código Civil de 2002.

Código Comercial, art. 130: “as palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”. Isso faz com que a fraude muitas vezes seja evitada, desarticulando maquinações de pessoas desonestas.

Código Comercial, art. 131, nº 1: “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.” Essa regra foi reforçada pelo art. 112 do Código Civil, que dispõe que: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Quer a lei, desse modo, resguardar a boa-fé das partes contratantes, princípio de largo alcance no campo do Direito Comercial, pois a boa-fé, característica das operações mercantis, serve para dar maior rapidez e segurança aos atos empresariais.

Código Comercial, art. 131, nº 2: “as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que não o forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas.” O contrato, assim, deve ser interpretado parcialmente. Quando tal acontece, as cláusulas em que a vontade dos contratantes foi manifestada com clareza devem servir de base para a interpretação das cláusulas ambíguas.

Código Comercial, art. 131, nº 3: “o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes diverem no ato da celebração do mesmo contrato.” Muitas vezes a obscuridade com que as cláusulas estão expostas no contrato faz com que não se

descubra facilmente qual a verdadeira vontade das partes. Entretanto, poderão os contratantes praticar atos relacionados com o objeto principal do contrato, posteriormente ao aperfeiçoamento deste. A norma do Código Comercial de 1850 reconhecia esse fato como “a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato”. Essa explicação da vontade das partes era, assim, considerada como que a exemplificação daquilo que não ficou bem claro no contrato.

Código Comercial, art. 131, n° 4: “o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se deva dar às palavras.” No Código Civil de 2002, o art. 113 estatui que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Código Comercial, art. 131, n° 5: “nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.” O Código Civil dispõe que, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423). O Código de Defesa do Consumidor, no art. 47, determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Código Comercial, art. 132: “se para designar moeda, peso ou medida, se usar no contrato de termos genéricos que convenham a valores ou quantidades diversas, entender-se-á feita a obrigação em moeda, peso de medida em uso nos contratos de igual natureza.” O Código Civil de 2002, no art. 326, prevê que “se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução”.

Código Comercial, art. 133: “omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato.”

IV

DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

53. Elementos necessários à formação dos contratos – Sendo o contrato um acordo de vontades, para que exista, necessário é que, antes, as duas ou mais vontades que desejam formar o acordo sejam manifestadas. Para essa manifestação não há modo especial: poderá ela ser *tácita* ou *expressa*, segundo os interesses das partes. Se, porém, a lei exigir que seja expressa, não poderão as partes revogar o dispositivo legal. Em tal caso, só valerá a manifestação da vontade se feita de acordo com a lei (Código Civil, arts. 107 e 111). Naturalmente, não podem essas duas vontades manifestar-se e ser reciprocamente aceitas ao mesmo tempo. Uma das partes expressará sua vontade em primeiro lugar, cabendo à outra manifestar-se imediatamente após ou com certo espaço de tempo de intervalo.

Desse fato resultam as chamadas *fases de formação* dos contratos. Consistem essas fases na iniciativa tomada por uma das partes, a que se dá o nome de *proposta* ou *oferta*, e na manifestação da vontade da outra parte sobre o mesmo objeto, denominada essa de *aceitação*. Naturalmente, a segunda parte pode recusar a proposta e, nesse caso, o contrato não se fará. Já que o contrato é um *acordo de vontades*, para a sua existência, necessárias se tornam uma *proposta* ou *oferta* e uma *aceitação*. Tais os elementos indispensáveis à formação dos contratos, com a consequência lógica de que, para haver acordo, mister se faz que as partes estejam primitivamente em posições antagônicas, visando o contrato justamente harmonizar esses interesses contrários, o que se dá mediante a troca dos consentimentos.¹

1 Um Projeto de “*Lei Uniforme relativa à formação dos contratos comerciais internacionais*” foi formulado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit) em 1975 e submetido a várias instituições especializadas no estudo do direito das obrigações. O Projeto de Lei Uniforme contém 10 artigos e foi detalhadamente debatido, em 1976, na Universidade de Camerino, na Itália, tomando parte nas discussões os Profs. Giovanni Criscuoli, Alberto Ravazzoni, Rodolfo Sacco e Paolo Vitucci, tendo a Comissão que estudou o projeto como Secretário-Geral o Prof. Michael Joaquim Bonell.

V. a discussão do Projeto em *La Formazione dei contratti commerciali*, Università degli Studi di Camerino, Ed. Jovene, 1976, apresentação do Prof. Pietro Perlingieri.

54. Contratos entre presentes e entre ausentes – Uma vez feita a proposta ou oferta, pode essa ser aceita pela parte a quem é dirigida, imediatamente, ou decorrido um certo lapso de tempo. No primeiro caso, o contrato diz-se entre *presentes*; no segundo, *contrato entre ausentes*.²

Convém atentar que as palavras *presentes* e *ausentes*, empregadas pela lei (Código Civil, art. 428, I e II), não têm o significado de estarem as pessoas que contrataram situadas no mesmo lugar ou em lugares diferentes. Na realidade, se bem que, em certas passagens, a lei dê a entender que a *distantia loci* influi na classificação dos contratos entre presentes e entre ausentes, de fato o que ela visa é saber se a aceitação à proposta foi manifestada logo imediatamente após ser esta formulada ou decorrido certo lapso de tempo. Naturalmente, estando as partes contratantes em presença uma da outra, aí mais facilmente poderá a aceitação ser manifestada de modo a seguir-se logo à proposta. Entretanto, a própria lei equipara as pessoas que contratam pelo telefone ou por outro meio de comunicação semelhante a pessoas presentes (Código Civil, art. 428, I), ainda que, realmente, estejam essas pessoas localizadas em lugares bastante distanciados. Igualmente, podem as pessoas que contratam se encontrar na mesma rua ou no mesmo quarteirão e, no entanto, o contrato por elas celebrado ser considerado entre *ausentes*, desde que haja certo lapso de tempo a mediar as duas fases do contrato. Por isso melhor seria classificar esses modos de formação dos contratos como contratos constituídos por *declarações consecutivas* e contratos constituídos por *declarações intervaladas*; autores há que preferem caracterizar os contratos entre *presentes* como aqueles em que as partes “se intercomunicam diretamente, quer estejam frente a frente uma da outra, pessoalmente, ou devidamente representadas, quer estejam afastadas, mas, ainda assim, falando ou se comunicando uma com a outra, como no caso do uso do telefone ou aparelho semelhante”.³

55. A obrigatoriedade da proposta nos contratos entre presentes – A razão justificativa dessa divisão reside na necessidade de saber-se quando ou até quando a proposta feita pela parte que tomou a iniciativa para a formação do contrato se mantém ou entra em vigor. Em regra geral, a *proposta cria para o proponente a obrigação de realizar o prometido, nas condições e no modo* por que foi formulada, a não ser que o contrário resulte dos seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso (Código Civil, art. 427). Em se tratando de contrato entre presentes, essa obrigação só se torna efetiva se imediatamente aceita. Poderá, entretanto, mesmo em se tratando de pessoas *presentes*, o proponente dar à parte contrária um prazo para a aceitação ou a recusa. Em tal caso, a proposta só deixa de ser obrigatória para o proponente depois de transcorrido o prazo concedido.

2 Acompanhamos, nesse sentido, em parte, a orientação de Cunha Gonçalves, baseando a classificação de contratos entre presentes e entre ausentes no *tempo* em que a aceitação é manifestada. Essa não é a doutrina geralmente seguida, mas nos parece a mais lógica. V., sobre o assunto, Darci Bessone, ob. cit., p. 202 e bibliografia citada; Cunha Gonçalves, ob. cit., p. 83.

3 Abelmar Ribeiro da Cunha, ob. cit., p. 82. Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, nº 47, p. 74.

Não há, assim, dificuldade em saber-se até quando o proponente está obrigado a manter a proposta, se se trata de contrato entre presentes. O mesmo, entretanto, não acontece em relação a pessoas ausentes, ou seja, pessoas que não estão tratando direta e pessoalmente, e sim que, ainda residindo na mesma localidade, realizam o contrato de maneira tal que, entre a proposta e a aceitação, medeie razoável espaço de tempo.

56. A obrigatoriedade da proposta nos contratos entre ausentes – Consideram-se *entre ausentes* os contratos em que a parte a quem é dirigida a proposta *não manifesta* imediatamente a sua vontade, *declarando se a aceita ou se a recusa*. Em tais circunstâncias, necessário é saber-se até quando o proponente está obrigado pela sua proposta e também a partir de quando a parte a quem a proposta foi dirigida, se aceitá-la, fica obrigada.

Em relação ao proponente, a lei estatui regras (Código Civil, art. 428) que determinam, sem sombra de dúvidas, até quando fica ele obrigado a cumprir a proposta feita. Assim, além do caso supracitado, de contrato entre pessoas presentes, em que a proposta deixa de ser obrigatória para o proponente se não é imediatamente aceita, em se tratando de ausentes também cessa a obrigatoriedade para o proponente se, feita sem prazo, decorrer tempo suficiente para a resposta chegar ao conhecimento do proponente. Em caso de haver o proponente dado prazo ao proposto para a aceitação, ficará aquele desobrigado havendo transcorrido o prazo. Por último, fica o proponente também desobrigado se antes da proposta, ou simultaneamente a ela, chegar ao conhecimento da pessoa a quem é feita a retratação por parte do proponente, já que este pode desistir da proposta, desde que o faça em tais condições.

Pode, contudo, por circunstâncias imprevistas, a aceitação da proposta, muito embora enviada em tempo útil, chegar tarde ao conhecimento do proponente. Em tal caso deverá este imediatamente dar conhecimento ao aceitante, para que o mesmo fique ciente de que o contrato não está feito. Caso o proponente assim não faça, ficará sujeito a perdas e danos, considerando a lei que agiu maliciosamente (Código Civil, art. 430).

Tais são os casos previstos pela lei para eximir o proponente de cumprir obrigação prometida através de sua proposta. Outros princípios legais existem relacionados com o mesmo assunto, muito embora já ligados à declaração da vontade do aceitante.

Assim, se a aceitação é dada ao proponente fora do tempo suficiente para que a resposta chegue ao conhecimento deste, ou sendo dado um prazo, se chegar a resposta fora dele, ou ainda se a resposta tiver adições, modificações ou restrições, não será essa aceitação considerada como complemento da proposta. Por tal circunstância, o contrato *não se forma*, eximindo-se o proponente da obrigação de cumprir sua oferta, passando o aceitante a figurar como proponente e, por isso mesmo, sujeitando-se a cumprir o prometido nessa nova proposta contida na sua aceitação (Código Civil, art. 431).

Por outro lado, do mesmo modo que acontece com a proposta, a aceitação é manifestação da vontade do aceitante. E, como tal, pode ser tácita ou expressa. A lei, entretanto, estatui os casos em que a aceitação pode ser presumida, valendo, assim, o silêncio do aceitante como a sua afirmativa. “Se” – diz a lei – “o negócio for daqueles em que se não costuma exigir a aceitação expressa ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa” (Código Civil, art. 432). Duas são, assim, as circunstâncias necessárias a que o contrato se forme sem a declaração *expressa* da vontade do aceitante:

a) *se o negócio for dos em que não se costuma exigir a aceitação expressa*, como no caso, citado por Clóvis,⁴ do industrial que costuma remeter anualmente a determinado comprador os seus produtos, sendo por este aceitos sem reclamação. No dia em que o comprador desejar desobrigar-se dos encargos, decorrentes desse contrato, deve comunicar-se imediatamente com o vendedor, pois, do contrário, seu silêncio será tido como aceitação;

b) *se o proponente tiver dispensado a aceitação*

Entretanto, essas duas circunstâncias ficam a depender da recusa, em tempo útil, do aceitante. Se este, apesar de presumir a lei a dispensa da aceitação para a conclusão do contrato, recusar em tempo útil, a proposta feita, o contrato não se formará e a oferta do proponente, que nos casos focalizados era obrigatória no silêncio do aceitante, deixa de sê-lo, eximindo-o, assim, de cumprir a obrigação.

Por último, do mesmo modo que acontece com o proponente, *o aceitante pode retratar a aceitação*. Essa retratação será válida, tornando inexistente a aceitação, se chegar ao conhecimento do proponente antes ou ao mesmo tempo em que a aceitação.

57. O momento da formação do contrato. Contratos por correspondência – Sendo o contrato uma das principais fontes das obrigações, necessário será saber qual o momento exato em que se forma. O assunto tem particular interesse na seara empresarial, pois nesse campo, os contratos são, em regra, *bilaterais*, isto é, criam obrigações para ambas as partes e, igualmente *onerosos*, dado o caráter eminentemente especulativo da atividade empresarial. Em tais circunstâncias, se bem que já se saiba até quando o proponente está obrigado a cumprir a sua oferta e que o aceitante também fica obrigado com a aceitação, necessário será determinar qual o momento exato em que o contrato se forma, vinculando as partes e gerando obrigações em virtude da troca de consentimentos.

Nos contratos entre *presentes* não há dúvidas a respeito: só valendo a proposta se a aceitação for feita imediatamente, o momento da formação do contrato é aquele em que a pessoa a quem a proposta é dirigida manifesta a sua vontade. Essa manifestação é, como diz a lei, *imediata*, e não simultânea; isso significa que há, de qualquer modo, um espaço de tempo a mediar entre a proposta e a aceitação – mas

4 Clóvis Beviláqua, Código Civil Anotado, vol. 4, anot. ao art. 1.084.

espaço de tempo tão insignificante, tão diminuto que alguns autores consideram o contrato entre presentes como aquele em que há declarações simultâneas por parte dos contratantes, o que não é verdadeiro.

Nos contratos *entre ausentes* o assunto se torna mais delicado. A lei, para melhor distinguir esses contratos, considera-os como perfeitos desde que a aceitação é expedida (Código Civil, art. 434).

Muito comum, na vida empresarial, é a formação dos contratos por correspondência epistolar, telegráfica, radiotelegráfica ou por meio eletrônico. Partindo a iniciativa do contrato do proponente e sendo a aceitação dada por escrito, procura-se saber o momento em que o vínculo contratual se forma, pois a fixação desse momento terá sérias consequências para ambos os contratantes.

Várias teorias foram formuladas para determinar o momento em que se aperfeiçoa o contrato por correspondência. Dentre essas, as mais destacadas são as denominadas da *cognição* ou *informação* e da *declaração* ou *agnição*, esta subdividida em três correntes diversas, uma intitulada *agnição pura e simples*, a segunda denominada de *teoria da recepção* e a última chamada de *teoria da expedição*.

Segundo a teoria da *informação* ou *cognição*, o vínculo contratual se forma nos contratos por correspondência *no momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação*. Algumas legislações adotaram essa teoria, mas tem ela sido desprezada em virtude da dificuldade que se tem de saber qual o instante exato em que o proponente toma conhecimento da resposta do aceitante. Pode, por exemplo, a carta que contém a aceitação ou a recusa ficar em poder do proponente durante muito tempo sem que este dela tome conhecimento.

Pela teoria da *agnição* ou *declaração* o momento em que o contrato se aperfeiçoa fica subordinado à declaração da vontade da pessoa a quem a proposta é dirigida. Sendo o contrato um acordo de vontades, desde que a pessoa a quem a proposta é dirigida dá seu consentimento, o vínculo contratual está formado, passando a gerar obrigações para as partes.

Os teóricos do Direito não se contentaram, porém, com esse simples fato. No afã de precisar com exatidão o momento em que se forma o contrato, surgiram três correntes, cada uma apresentando um momento diverso para marcar o aperfeiçoamento do contrato.

A primeira dessas correntes é a da *agnição pura e simples*, isto é, aquele que reputa o contrato formado no instante em que a pessoa a quem é dirigida a proposta manifesta o seu consentimento, redigindo a aceitação. Pouco importa o instante em que o proponente toma conhecimento ou recebe a aceitação, como não importa, igualmente, o instante em que a resposta é expedida ao proponente. O contrato, segundo essa teoria, se *considerará aperfeiçoado quando a manifestação da vontade da segunda parte nessa relação jurídica é manifestada por escrito*.

A essa corrente se contrapõe uma outra, que considera o momento da formação do contrato não aquele em que a aceitação é redigida, mas *o em que ela é recebida pelo proponente*. Tem essa teoria o nome de *teoria da recepção* e

diverge da teoria da informação ou cognição porque esta se baseia no instante em que o proponente toma conhecimento da aceitação, enquanto que para aquela o contrato se forma com o simples recebimento, por parte do proponente, da carta, telegrama, radiograma ou *e-mail* que contém a aceitação, ainda mesmo que o proponente não procure conhecer imediatamente o conteúdo da resposta que lhe é enviada.

Por último, uma terceira corrente reputa como o momento em que o contrato se aperfeiçoa aquele em que *a resposta é expedida ao proponente*. Tem essa teoria o nome de *teoria da expedição*. Para ela, não tem valor o momento em que aceitação é redigida ou em que o proponente recebe ou toma conhecimento da resposta. Basta que a aceitação seja *expedida em tempo útil*, para que o contrato se considere formado. E o momento exato do nascimento do vínculo contratual é aquele em que a pessoa a quem foi endereçada a proposta expede ao proponente a sua resposta, aceitando-a.

58. O momento da conclusão do contrato por correspondência no Direito brasileiro – No Direito brasileiro foi acatada *a teoria da expedição*, segundo a qual o *contrato por correspondência se forma no momento em que a aceitação é expedida*. O Código Comercial adotara essa teoria no art. 127, ao declarar que:

“Os contratos tratados por correspondência epistolar reputam-se *concluídos e obrigatórios* desde que o que recebe a proposição *expede carta de resposta*, aceitando o contrato sem condição nem reserva.”

E o Código Civil manteve o mesmo critério ao dispor, no art. 434, que:

“Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida.”

59. Exceções ao sistema da expedição – O Código Civil abre, contudo, exceções a essa regra geral que determina, em nosso Direito, o momento do aperfeiçoamento do contrato que se forma por correspondência. A primeira dessas exceções, mencionada pelo Código Civil (art. 433), diz respeito à *retratação* por parte do aceitante. *Se, antes de chegar a aceitação ao poder do proponente, ou concomitante a ela, chega, igualmente, a retratação, o contrato não se aperfeiçoa, não tendo validade a aceitação*. A letra da lei é mais rigorosa, determinando que se considera “inexistente a aceitação”.

Esse dispositivo legal tem dado motivo a justas críticas, pois, de certo modo, desvirtua o sistema escolhido taxativamente pelo Código para determinar o momento em que se aperfeiçoa o contrato por correspondência, no caso o *sistema da expedição*. Efetivamente, acolhendo essa orientação, determinou o Código que o contrato se considerasse aperfeiçoado no momento em que a aceitação fosse expedida. Abrindo uma exceção à regra geral, deturpou, entretanto, o sistema da expedição, por considerar a aceitação como inexistente se, antes ou concomitantemente com a chegada da resposta ao proponente, chegasse, igualmente, a retratação. Ora, se o contrato já está firmado desde o momento em que a aceitação é expedida, recebendo o proponente a retratação, mesmo que essa seja anterior ao

recebimento da aceitação, o contrato já se encontra em pleno vigor, a gerar obrigações para ambas as partes. Em que pese às considerações de Clóvis Beviláqua,⁵ não restam dúvidas de que o Código, subordinando a retratação ao sistema da recepção, deturpou a regra geral de que o contrato se aperfeiçoa com a expedição da aceitação. Donde se justificarem as críticas que são feitas à nossa lei civil, alguns autores chegando mesmo a procurar demonstrar que, em vez da teoria da *expedição*, uma análise mais aprofundada dos dispositivos do Código Civil nos mostraria que, no sistema brasileiro, seguimos, na verdade, a teoria da *recepção* e não a da *expedição*.

Nossa posição antes da vigência do Código Civil de 2002: pelas razões anteriormente apresentadas, antes da vigência do Código Civil de 2002, acatávamos integralmente a opinião de Carvalho de Mendonça,⁶ segundo a qual a exceção, idêntica aberta pelo Código Civil de 1916 ao princípio geral da conclusão do contrato com a expedição, não se aplicava ao Direito Comercial. De fato, nesse sentido o Código Comercial de 1850 era taxativo ao dispor, no art. 127, que:

“Os contratos tratados por correspondência epistolar *reputam-se concluídos e obrigatórios* desde que o que recebe a proposta expede carta de resposta aceitando o contrato sem condição nem reserva.”

Tornava-se, assim, perfeito e obrigatório o contrato comercial por correspondência com a *expedição* da resposta; antes da vigência do Código Civil de 2002, entendíamos que a exceção focalizada no nº I do art. 1.086 do Código Civil de 1916, não tinha aplicação no caso, por força do art. 121 do Código Comercial, que estabelecia só serem aplicáveis aos contratos e às obrigações comerciais as regras e disposições do Direito Civil *quando sobre o assunto não houvesse disposições especiais no Código Comercial*.

A segunda exceção à regra geral de que o contrato entre ausentes se conclui no momento da expedição da aceitação é a que determina que tal não se verifica “se o proponente se houver comprometido a esperar a resposta” (Código Civil, art. 434, nº II). A disposição da lei civil visa, assim, a derogar o princípio de que o contrato entre ausentes se aperfeiçoa quando a aceitação é expedida, desde que haja o proponente se comprometido a esperar a resposta. Em tais condições, valerá para marcar o momento da perfeição do contrato a recepção da resposta pelo proponente, norma para a qual Clóvis não encontra justificção, pois, se o proponente “estabeleceu prazo para lhe vir às mãos a resposta, não se vê bem por que o contrato não se considere formado, desde que a aceitação é expedida”.⁷ Ainda aqui somos forçados a divergir do mestre, admitindo que a exceção é justificável justamente pelo fato de, havendo o proponente se comprometido a esperar a resposta, impor ao aceitante a restrição de que o contrato só se aperfeiçoaria com o recebimento dessa resposta. Melhor, talvez, justificasse o pensamento do

5 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. aos arts. 1.085 e 1.086.

6 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 561.

7 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.086, nº 3.

legislador o expresse no revogado art. 127 do Código Comercial de 1850, que adotava a mesma exceção, esclarecendo que se comprometendo o proponente a esperar a resposta se comprometia, igualmente, “a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição”, o que só poderia ser evidenciado com o recebimento da aceitação ou recusa por parte da pessoa a quem a proposta era dirigida.

Por último, o Código Civil, no art. 434, III, estabelece que *não será concluído o contrato entre ausentes com a expedição da aceitação se a resposta não for dada no prazo convencionado*. O Código Civil, mais uma vez, é falho, pois declara que o contrato não se aperfeiçoará se a resposta “*não chegar no prazo convencionado*”, ferindo, desse modo, o princípio estatuído no nº III do art. 428, que diz deixar de ser obrigatória a proposta “*se feita à pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado*”. Poder-se-ia dizer que o nº III do art. 428 se refere a contratos entre ausentes, em que o proponente marca não um prazo para a resposta, como estatui o nº III do art. 428, mas um prazo *para chegar a resposta às mãos do proponente*. Se assim for, o inciso é desnecessário pois, como acentua Clóvis,⁸ representa exatamente a mesma exceção do nº II do art. 434, que determina não ser obedecida a regra geral quando o proponente se compromete a esperar pela resposta.

60. Propostas a pessoas indeterminadas – Também contratos entre ausentes são os em que as propostas são feitas a *pessoas indeterminadas*. Os contratos assim firmados são muito comuns nos dias atuais e se revestem de modalidades diversas. Alguns têm a regê-los princípios legais expressos, outros apenas são regulados pelas normas comuns dos contratos.

Em tais modalidades contratuais, uma das partes, o proponente, estabelecendo as cláusulas do contrato, dirige sua oferta ao público em geral, sem nomear as pessoas com quem deseja contratar. É o que se dá, por exemplo, com o empresário que publica na imprensa ou distribui listas ou catálogos de mercadorias, comprometendo-se a entregar ditas mercadorias mediante o pagamento de determinada importância. Ou com a empresa de transportes coletivos que se obriga a transportar pessoas ou mercadorias mediante um preço prefixado. Em tais condições, há uma oferta que, segundo a regra do art. 427 do Código Civil, obriga o proponente, se o contrário não resultar dos seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso.

Com o desenvolvimento da atividade empresarial nos últimos tempos, essa oferta chegou, mesmo, a ser feita por aparelhos automáticos nos quais estão afixados preços de mercadorias que são, mecanicamente, postas à disposição da pessoa que, no lugar adequado, introduzir as moedas relativas ao preço estipulado. Nos Estados Unidos, esse modo de comerciar é muito usual, existindo aparelhos automáticos que, mediante o depósito de moedas, põem à disposição das pessoas alimentos, objetos de uso pessoal e uma infinidade de outros. Igualmente os

8 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.086, nº 4.

serviços de transportes coletivos, nos *subways*, ou trens subterrâneos, são contratados mediante a introdução de uma moeda ou *ticket* em “borboletas” que, só assim, permitem a entrada de passageiros. E cofres para depósitos de objetos, casas para pernoites, à margem das estradas (*cabins*, *motels*) também podem ser utilizados com a simples introdução de moedas em lugares adequados.

Tais aparelhos representam os proponentes, que se comprometem a efetuar os serviços ou entregar os objetos mediante o pagamento do preço prefixado. E tanto nestes casos como nos em que comerciantes anunciam publicamente a entrega das mercadorias, mediante o pagamento de um preço determinado, o momento em que o contrato se forma é aquele no qual a pessoa executa o pagamento ou, no Direito brasileiro, em se tratando de oferta ao público mediante publicações, expede a resposta, preenchidas as condições, nos termos do art. 434 do Código Civil.

61. Propostas para subscrição das ações ou debêntures – Os autores em geral consideram as subscrições públicas de ações das sociedades anônimas em formação como a aceitação para a formação de um contrato.⁹ Conforme já manifestamos anteriormente (*Curso de Direito Comercial*), não consideramos os atos constitutivos das sociedades anônimas como *contratos*, e sim como atos semelhantes a um contrato, mas de natureza diversa, notadamente por não ligarem *entre si* os que deles participam. Até mesmo os atos dos *fundadores*, que, por algumas circunstâncias, andam próximos dos requisitos necessários à formação dos contratos (capacidade do agente para a validade do ato praticado), não nos parecem ser idênticos aos atos formativos dos contratos (*Curso*, nº 291), razão pela qual não consideramos a oferta ao público das ações das sociedades anônimas em constituição ou em aumento de capital como uma das fases da formação de um *contrato*, apesar de com ela haver muita semelhança.

A Lei das Sociedades por Ações prevê expressamente a oferta pública de compra de ações nas companhias abertas constituídas, nos seus artigos 4º, §§ 4º, 5º e 6º, 4º-A, §§ 1º e 3º, 17, § 1º, III, 172, II, 254-A, *caput* e §§ 1º e 3º, 257, *caput* e § 4º, 262, *caput*, e 264, § 5º. Essa oferta pública pode ser efetuada pela companhia emissora de ações, por seu acionista controlador ou por sociedade que a controle, direta ou indiretamente. Na companhia de capital autorizado, o estatuto pode prever a emissão de ações e debêntures conversíveis em ações ou bônus de subscrição sem direito de preferência para os antigos acionistas, cuja colocação seja feita mediante permuta por ações, em oferta de aquisição de controle. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer as normas a serem observadas nas ofertas públicas de aquisição de ações. A existência de

9 Valdemar Ferreira, *Instituições*, t. I, vol. 3, nº 691, p. 20.

oferta pública em curso não impede oferta concorrente. A publicação de oferta concorrente torna nulas as ordens de venda que já tenham sido firmadas em aceitação de oferta anterior e é facultado ao primeiro ofertante prorrogar o prazo de sua oferta até fazê-lo coincidir com o da oferta concorrente.

No que diz respeito à subscrição das *debêntures* ou obrigações, títulos representativos de um empréstimo ao público lançado pelas sociedades anônimas, os que subscrevem as obrigações estão, realmente, contratando com a pessoa jurídica, para o emprego de um capital que irá produzir rendimentos para o seu proprietário. Apesar de exigir a subscrição das obrigações requisitos semelhantes aos necessários para a subscrição de ações das sociedades anônimas, neste caso temos um *contrato em vias de formação*, devendo ser considerado o apelo ao público, feito através de manifesto publicado pela sociedade, como a proposta por parte desta, endereçada a pessoas *indeterminadas*. A subscrição corresponde à *aceitação* da proposta por parte dos que quiserem contratar com a sociedade que lançou as *debêntures* ou obrigações.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), com o objetivo de proteger o consumidor, nos arts. 33 a 35, fixa regras claras para a oferta de produtos e serviços: ela deve cercar-se de informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores; os fabricantes e importadores ofertantes deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto e, cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei; em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial; se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; c) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. O Código de Defesa do Consumidor tipifica como crime “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a) a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço. A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. São impróprios os serviços que se

mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares de prestabilidade.

62. Contratos de adesão – Uma das características gerais dos contratos é serem as suas condições livremente estipuladas pelas partes. Tratando-se de um acordo de vontades, é lógico que somente quando *coincidem* os pontos de vista das partes interessadas poderá realizar-se esse acordo. A livre estipulação pelas partes das condições contratuais é baseada no clássico princípio da *autonomia da vontade*, oriundo do art. 1.134 do Código Civil francês, que o consagrou ao determinar que “as convenções legalmente formadas têm força de lei entre os que as fizeram”.

Esse princípio da *autonomia da vontade* sofreu radicais alterações, com o passar do tempo. Uma das primeiras modificações se operou com o aparecimento dos chamados *contratos-tipos*, que deram lugar aos *contratos de adesão*, hoje usados em larga escala.

Como é natural, por força do princípio da autonomia da vontade cada uma das partes tem o direito de, livremente, dispor sobre as condições do contrato. Assim, a parte a quem a proposta é dirigida pode livremente sobre ela se manifestar, apresentando suas restrições às diversas cláusulas ou condições constantes da proposta. Em geral, esses entendimentos são feitos numa fase pré-contratual, para facilitar a realização do acordo de vontades mediante o mútuo consentimento.

Na segunda metade do século passado, entretanto, surgiu uma nova espécie de realização de contratos, restringindo a manifestação da vontade de uma das partes, no caso aquela a quem a proposta era dirigida. De acordo com essa inovação, o proponente apresentava a sua proposta com cláusulas fixas e imutáveis, iguais para todos os contratantes. Isso se verificou principalmente nos contratos de seguros, em que uma das partes, a seguradora, estipulava as cláusulas gerais segundo as quais o negócio jurídico deveria se realizar, *não restando à outra parte*, o segurado, *senão aceitar as cláusulas que lhe eram impostas*, sem o direito de discuti-las ou modificá-las. Esses contratos tiveram a denominação, que ainda hoje conservam, de *contratos-tipos*, e os contratos assim realizados passaram a denominar-se *contratos de adesão*, pois a parte a quem a proposta é dirigida não a discute nem a modifica, simplesmente *adere* aos termos dela, preenchendo as cláusulas em branco dos *contratos-tipos* e aceitando as demais que lhe são impostas pelo proponente.

Os *contratos de adesão* cedo se desenvolveram em larga escala e hoje são grandemente usados nos negócios empresariais. Significam uma restrição ao princípio da autonomia da vontade, consagrado pelo Código Civil francês, já que a vontade de uma das partes não pode manifestar-se livremente na estruturação do contrato, ficando adstrita apenas a aceitar, ou não, as cláusulas e condições que lhe são impostas pelo proponente. Apesar de tudo, os contratos de adesão vieram simplificar grandemente a constituição dos contratos, com isso procurando atender à dinamização dos negócios comerciais para maior rapidez das transações no comércio.

O Código Civil de 2002 dispõe que, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente, e que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (arts. 423 e 424).

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 54, define o contrato de adesão e apresenta outras normas específicas sobre ele: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor (Código de Defesa do Consumidor, art. 18, § 2º). Merecem destaque as seguintes disposições do Código de Defesa do Consumidor: a) os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor; b) as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão; c) nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor; d) a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato; e) nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se que a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

63. Interferência do Estado nos contratos. Publicização do contrato – Por outro lado, para fazer face a contingências oriundas de novas situações econômicas e políticas da humanidade, surgidas principalmente com as guerras que, nos últimos decênios, têm abalado a estrutura da sociedade, o Estado vem interferindo, de maneira decisiva, nos negócios contratuais, já impedindo que os indivíduos contratem livremente, já, muitas vezes, substituindo a vontade das partes pela imposição de regras que devem ser cumpridas pelos contratantes. Assim age o Estado, tendo em vista manter o equilíbrio social. Mas o faz tão discricionariamente que já se chegou a falar na falência do Direito motivada pela interferência do Poder Público nos contratos, cada vez mais restringindo a livre manifestação das partes contratantes para imperar, sobre elas, a vontade estatal.

Indiscutivelmente, há uma evidente ingerência do Estado em questões que, antes, eram reguladas soberanamente pelas partes, mas tal ingerência não aniquilou ainda o princípio da autonomia da vontade. Interfere o Estado em assuntos que dizem respeito ao bem-estar social, deixando ainda largo campo para que, de modo privado, possam as partes livremente contratar. Esse fato, não é novo, apenas tendo sido ultimamente ampliado, dadas as radicais transformações sócio-econômicas dos povos nos últimos anos. O próprio Código Civil francês, que consagrou o princípio da autonomia da vontade, já havia, também, estipulado restrições a esse princípio, ao estatuir, no art. 6º, que “não se pode derogar, por conven-

ções particulares, leis que interessem à ordem pública e aos bons costumes”, e quando o Estado interfere na livre manifestação da vontade dos contratantes, impondo regras que deverão ser por eles cumpridas, o faz tendo em vista assegurar o equilíbrio social, que deve ser superior aos interesses de ordem privada.

Inegável, entretanto, é que, dia a dia, em face mesmo das transformações por que passa a humanidade, o Estado vai aprofundando cada vez mais a sua ingerência nos negócios privados, sobretudo no campo dos contratos. Este está, aos poucos, se *publicizando*, com graves repercussões na liberdade das partes contratantes. Exemplo dessa interferência do Estado no setor dos contratos empresariais são as medidas adotadas pelo Poder Público para a fixação dos preços de determinadas mercadorias, nos contratos de compra e venda, a prorrogação dos contratos de locação de imóveis utilizados para fins empresariais e, assim, partes integrantes do estabelecimento empresarial, as restrições de importações ou exportações e muitas outras medidas que são periodicamente adotadas pelo Estado para que seja mantido o equilíbrio social, e até mesmo o equilíbrio ecológico (Código Civil, art. 1.228, § 1º).

No ordenamento jurídico brasileiro, como já afirmado no Capítulo anterior, nota-se uma nítida linha condutora vinculando a função social da propriedade, do contrato e da empresa. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (Código Civil, arts. 421 e 422).

64. O lugar da conclusão dos contratos – A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente (Lei de Introdução ao Código Civil – Dec.-Lei nº 4.657, de 04.09.1942 –, art. 9º, § 2º).

O Código Civil de 2002 modificou de leve esse artigo, dispondo, o seguinte, no art. 435: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.” Entretanto, se a obrigação decorrente do contrato tiver que ser cumprida no Brasil será regulada pela lei brasileira, nos termos do art. 9º, e § 1º, da referida Lei de Introdução ao Código Civil.

V

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

65. Interesse da classificação. Partes – Costuma-se, tendo em vista a natureza dos contratos, classificá-los em função de sua formação, das obrigações que originam, das vantagens que podem trazer para as partes, da realidade da contraprestação, dos requisitos exigidos para a sua formação, do papel que tomam na relação jurídica, do modo de execução, do interesse que tem a pessoa com quem se contrata, da sua regulamentação legal ou não. Teremos, assim, em face desses elementos, contratos *consensuais e reais, unilaterais e bilaterais, gratuitos e onerosos, comutativos e aleatórios, solenes e não solenes, principais e acessórios, instantâneos e de execução continuada*, intuitu personae e *impessoais, típicos ou nominados e atípicos ou inominados*.

O interesse dessa categorização é ressaltar as qualidades de cada contrato. Devidamente classificados, conhecem-se as peculiaridades desses acordos para, com esse conhecimento, saber-se dos seus efeitos. Assim, basta que se tenha a classificação de um contrato para que se saiba como se formou, as obrigações que gerou, as vantagens atribuídas às partes, a certeza quanto à contraprestação, os requisitos exigidos para a sua validade, a sua posição na relação jurídica criada, a modalidade de sua execução, o papel que tem, em relação ao outro, um dos participantes do contrato e, finalmente, se a existência do contrato tem princípios legais a regulá-la ou não.

Antes de abordar a classificação dos contratos, devemos recordar que, sendo o contrato um *acordo de vontades*, para existir esse acordo é necessário que existam pelo menos duas *partes*. *Partes* são, portanto, pessoas ou grupos de pessoas, físicas ou jurídicas, que se colocam em frente de outras ou de grupos de outras, tendo interesses que se opõem. Assim, em regra, uma parte tem um interesse *diverso* da outra parte, geralmente interesse *antagônico* (na compra e venda: uma parte, o *vendedor*, quer *transferir* o domínio de uma coisa mediante o pagamento de certa importância (*preço*); a outra parte, o *comprador*, deseja justamente *adquirir esse domínio*, obrigando-se, para tanto, a pagar o *preço convencional*). Em certos atos, que normalmente são tratados como contratos, as partes têm interesse não antagônicos, mas *paralelos*, como acontece na *sociedade* em que todos têm o interesse comum de constituir uma entidade que se destine a promover atividades

para obter lucros, devendo esses lucros ser repartidos entre todos, havendo, assim, entre as partes, um interesse *comum*. Por isso, Túlio Ascarelli chama esses atos de *contratos plurilaterais* (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., Saraiva, 1969, pp. 225 e segs.).

Convém esclarecer que *parte* do contrato não se confunde com *pessoa*. Uma parte pode constar de *várias* pessoas desde que todas tenham um certo interesse, divergente do interesse de outra parte. Manifestando os seus interesses, as partes formam o contrato quando chegam a um acordo comum.

Dada essas explicações necessárias, vejamos as diversas categorias em que, em regra, são classificados os contratos.

66. Contratos consensuais e reais – Entendem-se por contratos *consensuais* aqueles que se tornam perfeitos pelo simples consentimento das partes.¹

Os contratos, como acordos de vontades, exigem sempre o consentimento de ambas as partes para que possam existir. Assim, na sua origem, o contrato é sempre consensual, já que não pode existir acordo se as duas partes não manifestam sua vontade.

Não deve, entretanto, esse consentimento ser confundido com o de que aqui tratamos. Diz-se que um contrato é *consensual quando se forma e gera obrigações pelo simples consentimento das partes*. Assim, não é necessário nenhum outro fato para tornar o contrato perfeito e, conseqüentemente, exequível. O mero acordo de vontades faz nascerem as obrigações para a existência das quais o contrato se formou.

Por outro lado, existem certos contratos que, para nascerem, *além do consentimento* exigem que uma coisa seja entregue por uma parte à outra; a esses contratos damos o nome de *reais*, já que, *afora o consentimento, para a sua formação se exige a entrega de uma coisa*.

Como exemplo de contrato *consensual* temos, no direito brasileiro, o contrato de compra e venda. Para que esse contrato se aperfeiçoe não é necessário que a coisa, de que se procura transferir o domínio ou a propriedade, seja entregue, por ocasião do acordo, pelo vendedor ao comprador. O acordo de vontades faz com que nasça, para o vendedor, a obrigação de entregar a coisa, mas essa entrega pode ser feita em época posterior à da troca de consentimentos por parte dos contratantes. Por isso mesmo, o Código Comercial de 1850 fixava esta regra, no seu art. 191: “O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendi-

¹ A doutrina mais avançada sobre a classificação dos contratos considera, hoje, todos os contratos como *consensuais*, sendo a entrega da coisa julgada como um começo de execução do contrato que se forma com o simples consentimento. V., a respeito, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, Anais do “Seminário Nacional sobre Contratos”, Fundação D. Cabral, Belo Horizonte, 1978, pp. 298-299.

do que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição.” O Código Civil de 2002 reproduziu essa mesma orientação, ao dispor que a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordem no objeto e no preço (art. 482).

Assim, *com o simples consentimento o contrato se aperfeiçoa e gera obrigações*, em virtude do que cabe ao vendedor fazer a transferência do domínio da coisa para o comprador como a este compete pagar o preço convencionado.

Por outro lado, o contrato de *depósito* diz-se *real* porque só se aperfeiçoa se, *além do consentimento, o depositante entregar a coisa ao depositário*. A entrega da coisa é, aí, da essência do contrato, e este não se forma, mesmo que as duas partes tenham trocado o consentimento se a coisa não for entregue pelo depositante ao depositário.

67. Contratos unilaterais e bilaterais – O contrato é uma fonte de obrigações, o que significa que, aperfeiçoado, gera obrigações que deverão ser cumpridas para que a relação jurídica produza os efeitos desejados pelos contratantes.

Essas obrigações *poderão*, contudo, ser *apenas para uma das partes ou para as duas*. Quando do contrato nascem obrigações *apenas para uma das partes* diz-se que esse contrato é *unilateral*; se as obrigações forem para as *duas partes* o contrato é *bilateral*.

Não se deve confundir a *bilateralidade* dos contratos com o fato de, na formação dos mesmos, sempre existirem duas partes. Na realidade, a bilateralidade diz respeito aos *efeitos* decorrentes da troca de consentimentos. Se, para ambas as partes, nascem do contrato obrigações que devam ser cumpridas, teremos um contrato *bilateral*; se, entretanto, as obrigações são apenas para uma das partes, o contrato é *unilateral*.

Exemplo de contrato *bilateral* é a compra e venda, pois do acordo de vontades nasce a obrigação para o vendedor de transferir o domínio da coisa e a obrigação para o comprador de pagar o preço. Já o mútuo é um contrato *unilateral*, pois, sendo a entrega do dinheiro, feita pelo mutuante, da essência do contrato (o mútuo é também um contrato *real*, que só se aperfeiçoa com a entrega do dinheiro pelo mutuante ao mutuário), do acordo de vontades *nasce obrigação apenas para o mutuário*, a de devolver a coisa recebida ou coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade (Código Civil, art. 586).

68. Contratos gratuitos e onerosos – O contrato, oriundo do acordo de vontades das duas partes, pode trazer vantagens para ambas ou apenas para uma delas. Diz-se *gratuito* o contrato de que resulta vantagem apenas *para uma das partes*, cabendo à outra um sacrifício que consiste na diminuição do seu patrimônio.² *Oneroso* é o contrato em que há proveito para ambas as partes.

Os contratos empresariais são sempre onerosos, dada a finalidade especulativa das atividades dos empresários.

2 Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1973, nº 53.

O contrato de mandato, por exemplo, é presumivelmente *gratuito* nas relações não empresariais (Código Civil, art. 658), mas, nas relações empresariais, ele é, regra geral, *oneroso*, o que faz com que o mandante seja obrigado a pagar ao mandatário pelos serviços que este lhe presta (Código Civil, art. 676).

69. Contratos comutativos e aleatórios – Nos contratos onerosos, as prestações e contraprestações podem ser certas ou incertas, isto é, as prestações podem existir ou uma pode deixar de existir sem que isso afete a natureza do contrato.

Dizem-se *comutativos* os contratos em que as prestações são certas: é o caso da compra e venda em que são certas as prestações de ambas as partes – a transferência do domínio da coisa, através da entrega da mesma pelo vendedor ao comprador, e o pagamento do preço por parte deste. *Aleatório* é o contrato em que uma prestação, pode deixar de existir em virtude de um acontecimento incerto e futuro. É o caso, no mesmo contrato de compra e venda, quando se compra coisa incerta ou futura (compro a colheita de um campo de trigo, que pode existir se o campo produzir o trigo, ou deixar de existir, caso não produza) ou o contrato de seguro, em que a contraprestação do segurador só é devida se ocorrer um evento futuro (no seguro contra incêndio, a indenização só será devida se a coisa se incendiar).

70. Contratos solenes e não solenes – Distinguem-se, também, os contratos em *solenes* e *não solenes*. *Solenes*, também chamados *formais*, são aqueles que devem obedecer a certas formalidades para que possam se aperfeiçoar: a constituição de uma sociedade, que tem sido tratada como um contrato *especial*, deve ser feita sempre por escrito, contendo o contrato certas cláusulas especificadas em lei. Do mesmo modo, a aquisição de imóveis, mesmo para fins comerciais, requer desde que o imóvel ultrapasse certo valor, a escritura *pública*.

Os contratos para que não se exigem requisitos especiais são chamados de *não solenes* ou *informais*. Podem, assim, ser provados por todos os meios utilizados para provas no Direito Civil (Código Civil, art. 212).

71. Contratos principais e acessórios – Chamam-se *principais* os contratos cuja existência não depende da existência dos outros; *acessórios*, pelo contrário, são contratos que ficam subordinados a outros, não tendo, assim, vida autônoma.

O *penhor*, por exemplo, é um contrato *acessório*: sua existência fica a depender da de uma obrigação a que o penhor serve de garantia. Naturalmente, desaparecendo o contrato principal desaparece, também, o *acessório*; assim, se uma dívida, a que se dá, como garantia, pelo penhor, determinado objeto, é saldada pelo devedor, o penhor desaparece, ficando desembaraçado o objeto dado em garantia.

72. Contratos instantâneos e de execução continuada – Contratos *instantâneos* são aqueles em que as *prestações* podem se realizar em um só momento, seja esse imediatamente após a conclusão do acordo, seja em um período posterior. *De execução continuada*, também chamados *de duração*, são aqueles em que a contraprestação é feita de modo *continuado*, como, por exemplo, nos contratos de consumo de energia elétrica.

73. Contratos “intuitu personae” ou pessoais, e contratos impessoais – Em alguns contratos, as partes dão o consentimento tendo em vista a pessoa com quem contratam; em outros, é indiferente quem seja essa pessoa.

Aos primeiros se dá o nome de contratos *intuitu personae* ou *pessoais*, sendo os outros contratos *impessoais*. Em regra, os contratos em que há obrigação de *fazer* são contratos *intuitu personae*, o que significa que a obrigação deve ser cumprida por pessoa determinada; também em alguns tipos de sociedades comerciais os acordos são *intuitu personae* (sociedades contratuais ou de pessoas).

Nos contratos *impessoais* não importa a pessoa que cumpra a obrigação.

74. Contratos típicos e atípicos – Dizem-se *típicos* ou *nominados* os contratos para os quais há regras jurídicas próprias e denominação estipulada em lei; *atípicos* ou *inominados* são os que ainda não foram regulados em lei.

Em Direito Empresarial existem vários contratos *atípicos*, oriundos do natural desenvolvimento das atividades econômicas.³ Como contratos atípicos se destacam, no momento, os de *faturização* (*factoring*), de concessão de *know-how* e de utilização dos *cartões de crédito*. Dado o grande uso desses contratos atualmente, os estudaremos neste livro.

Tal a categorização que podemos dar dos contratos. Serve ela para, ao ser estudado um contrato determinado, ser facilitada a compreensão do mesmo.

³ Sobre os contratos *atípicos*, v. Alvaro Vilaça Azevedo, *Contratos Inominados ou Atípicos*, Edições Cejup, 2ª ed., 1984; Paulo Arruda França, *Contratos Atípicos* (Legislação, Doutrina e Jurisprudência), 2ª ed., Ed. Forense, 1989.

VI

EXTINÇÃO DOS CONTRATOS COMERCIAIS

75. Noções gerais – Sendo o contrato um acordo de vontades com a finalidade de criar, para as partes, certas obrigações, é natural que esse acordo possa chegar ao fim, não se tornando, assim, perpétuo. Dá-se a esse fato o nome de *extinção dos contratos*. Extinguem-se os contratos de várias formas ou por vários motivos, cada modo acarretando consequências especiais para as partes. Estudaremos, aqui, sucintamente, as diversas maneiras pelas quais os contratos podem se extinguir.

76. Extinção pelo cumprimento da obrigação – Os contratos são feitos para criar obrigações. Essas, naturalmente, devem ser cumpridas pelas partes para que tenha resultado o acordo feito. Uma vez cumpridas as obrigações, no tempo, modo e nas condições estipuladas, o contrato produz os fins desejados. E nesse caso *extingue-se*, terminando a relação jurídica entre as partes.

77. Extinção do contrato pelo não cumprimento da obrigação. Resolução – Algumas vezes, entretanto, uma das partes não cumpre ou não pode cumprir a obrigação oriunda do contrato. A outra parte fica, assim, prejudicada pelo fato de não ser cumprida, pela parte contrária, a obrigação assumida. Pode, em tal caso, a parte prejudicada pôr fim ao contrato. Diz-se que, em tal caso, há *resolução*.

A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos (Código Civil, art. 475).

Nos contratos *bilaterais*, ou seja, nos contratos que dão lugar ao nascimento de obrigações para ambas as partes, é lógico que cada uma deve cumprir a obrigação assumida. Se assim não o fizer, cabe à outra pedir a *resolução* do contrato, com o ressarcimento dos prejuízos sofridos por esse não cumprimento. Existe, assim, nos contratos bilaterais uma *cláusula resolutiva tácita*, que tem a sua origem no próprio fato de criar o contrato obrigações, *que devem ser cumpridas*, para as duas partes. A cláusula resolutiva tácita funciona para evitar que uma das partes seja prejudicada pelo inadimplemento da outra.

78. Cláusula resolutiva expressa. Pacto comissório – Apesar de nos contratos bilaterais existir tacitamente uma cláusula resolutiva, podem as partes, entretanto, fixar essa cláusula de modo expreso. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito (Código Civil, art. 474). A essa cláusula dá-se o nome de *pacto comissório*.

O fundamento do *pacto comissório* é o mesmo que justifica a existência da cláusula resolutiva tácita. O contrato, criando obrigações, é feito no sentido de serem cumpridas essas obrigações. Daí falar-se na *obligatoriedade das prestações* nos contratos. Se essas prestações não fossem de cunho obrigatório, uma das partes seria forçosamente prejudicada, não tendo sentido, assim, o acordo de vontades que originou tais obrigações com a finalidade de serem realizadas as prestações.

79. Resolução do contrato por impossibilidade do cumprimento da obrigação – Apesar de criar o contrato obrigações para serem cumpridas pelas partes, muitas vezes fatos supervenientes, independentes da vontade da parte, tornam a sua prestação impossível. Assim acontece, por exemplo, quando há um *caso fortuito* ou de *força maior*. *Caso fortuito* é aquele que resulta de um acontecimento imprevisível e que não depende da vontade da pessoa. *Força maior* é algo que, sem depender do agente, tolhe a sua ação, impedindo-o de praticá-la. Em tais situações não há culpa do agente que não realizou o ato; e provocado por esses fatos o contrato pode ser *resolvido*, já que não há a possibilidade de ser feita a prestação por parte do agente que sofreu a consequência direta do fato.

A esse modo de resolução dá-se comumente o nome de *resolução involuntária*.

80. Resolução por excesso de onerosidade – Costuma-se, ainda, admitir a resolução do contrato quando, por motivos não previstos e não desejados pelas partes, uma prestação se torna de tal modo onerosa que seria, evidentemente, injusto o seu cumprimento pela parte obrigada a realizá-la. Em tal situação, tendo em vista que, em princípio, as prestações devem ser equivalentes, existiria um sensível prejuízo para uma das partes que, ao contratar, não visava fazer prestação assim onerosa.

A justificativa desse modo de resolução está amparada na *teoria da imprevisão*. A base dessa teoria é o fato de não ser razoável que, por circunstâncias estranhas, uma das partes seja levada ao sacrifício em proveito da outra. “Todo contrato é previsão – diz um autor¹ – e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou o prejuízo. Ao Direito não podem afetar essas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas, quando é ultrapassado esse grau de responsabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera e é atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que, em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da *obligatoriedade do contrato*, um dos contratantes leve o outro à

1 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, nº 216.

ruína completa, e extraia para si o máximo benefício. Sentindo que este equilíbrio na economia do contrato afeta o próprio conteúdo de juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rígida do ajuste, quando a força das circunstâncias ambientes viesse criar um estado contrário ao princípio da justiça no contrato. E acordou do seu sono milenar um velho instituto que a desenvoltura individualista havia relegado ao abandono, elaborando então a tese da resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva da prestação.”

A teoria da imprevisão teve sua origem na Idade Média, quando, nos contratos comutativos, foi consagrada a cláusula *rebus sic stantibus* (por extenso: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*), mas posteriormente foi abandonada. Só com as situações surgidas com a Grande Guerra de 1914 a 1918, que criaram grande onerosidade para os obrigados a prestações sucessivas (contratos de fornecimentos etc.), leis foram baixadas em vários países, permitindo a resolução dos contratos para não prejudicar o devedor. Hoje, a teoria da imprevisão é aceita em vários sistemas legais, aplicadas aos contratos de execução sucessiva ou prolongada, desde que haja alterações de caráter econômico de tal monta que tornem o cumprimento do contrato bastante oneroso para uma das partes. Lógico é que a ocorrência dessas alterações deve ser imprevisível, isto é, não esperada nem esperável para o obrigado.

No Brasil, na vigência do Código Civil de 1916, inexistia princípio legal admitindo a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, mas a jurisprudência passara a aceitá-la há longo tempo (v. acórdão do STF, de 1930, em que foi relator o Ministro Nelson Hungria, *in Revista Forense*, nº 100, p. 178), e grande parte da doutrina era inteiramente favorável ao reconhecimento da cláusula.²

O Código Civil de 2002 prevê expressamente a resolução dos contratos por onerosidade excessiva, nos arts. 478 a 480. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a sua resolução. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

81. Extinção do contrato por resilição – “Sob o nome de *resilição* – escreve Orlando Gomes³ –, usado pelos juristas franceses, designa-se o *modo de extinção* dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes. O vocábulo *resilição* não é de uso corrente entre nós. Emprega-se, de preferência, *rescisão*, e, com

2 V. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 2ª ed., Imprensa Nacional, 1943; Caio Mário da Silva Pereira, *Cláusula rebus sic stantibus*, *Rev. Forense*, vol. 92, p. 797.

3 Orlando Gomes, *Contratos*, 4ª ed., Ed. Forense, 1973, nº 142.

menor frequência, *ruptura*.” O autor adota, por lhe parecer mais próprio, “o vocábulo *resilição* para a dissolução do contrato por simples declaração de vontades de uma ou das duas partes contratantes”. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente a permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos (Código Civil, art. 473).

O contrato, como se sabe, é um acordo de vontades. Entretanto, como as vontades tiveram forças para criar um contrato, devem também tê-las para extingui-lo. O reconhecimento desse princípio dá lugar a várias modalidades de resilição.

a) Resilição bilateral. Distrato

O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato (Código Civil, art. 472). Ocorre resilição *bilateral* quando o acordo para extinguir o contrato é de interesse de ambas as partes. Isso baseado no princípio de que, livremente manifestadas, se as vontades puderam criar um contrato podem também extingui-lo. Não importa, no caso, que o contrato seja por tempo determinado ou indeterminado. Basta que esteja em vigor para que possa ser resilido pela manifestação das vontades de ambas as partes.

A esse modo de extinção dá-se comumente o nome de *distrato*. Todos os contratos podem ser distratados, isto é, podem extinguir-se pela livre manifestação da vontade de ambas as partes. Naturalmente, os contratos de execução imediata, como a compra e venda à vista, não ficam sujeitos a distrato, porque se extinguiram no momento em que a prestação e a contraprestação foram executadas. Condição para que possa haver distrato ou resilição bilateral é que o contrato esteja em vigor, pois só se extingue o que existe.

b) Resilição unilateral. Cláusula penal. Revogação. Renúncia

Apesar de originar-se o contrato de um acordo de vontades que, para extinguir-se, afóra os casos normais do cumprimento das obrigações ou, de modo excepcional, do não cumprimento das obrigações de uma das partes, em princípio deveria requerer um novo acordo para pôr-lhe fim, a verdade é que pode também ser resilido pela vontade unilateral de uma das partes, que, manifestada, tende a provocar-lhe o desaparecimento.

Assim, acontece, por exemplo, nos contratos por *tempo indeterminado* em que uma parte, baseada no princípio de que ao contratar não desejou fazê-lo perpetuamente, pode pôr termo ao contrato desde que manifeste o seu desejo. O Código Comercial referia-se expressamente a esse modo de resilição unilateral ao estabelecer, no nº 5 do art. 335, que “as sociedades reputam-se dissolvidas: pela vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado”. Contudo, a jurisprudência, com fundamento na teoria da preservação da empresa, amenizou o rigor literal desse dispositivo. Confrontada com pedidos de dissolução de sociedade formulados com base nesse dispositivo, passou a recebê-los como

mero exercício do direito de retirada, criando, assim, a ação de dissolução parcial da sociedade.

Outras vezes, ao contratar, as partes estabelecem que o contrato pode ser resilido pela vontade unilateral de um contratante desde que esse pague certa importância para compensar o seu arrependimento. A essa importância a ser paga dá-se o nome de *multa penitencial*. “A *multa penitencial*” – doutrina Orlando Gomes⁴ – “não se confunde com a *cláusula penal*, que pressupõe a inexecução do contrato ou o inadimplemento de obrigações contratuais, correspondendo ao ressarcimento dos danos respectivamente provenientes. A *multa penitencial* nada tem a ver com a execução do contrato. É devida como compensação da faculdade de arrependimento.”

A cláusula penal, diferentemente, tem por pressuposto a inexecução do contrato ou o inadimplemento das obrigações contratuais. No Código Civil de 2002, incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se continua em mora.

A cláusula penal é tratada, pelo Código Civil de 2002, nos arts. 409 a 416: A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

Pode ainda o contrato ser resilido unilateralmente quando celebrado *intuitu personae*. A esse modo de resilição dá-se o nome de *revogação*. A própria lei faculta a extinção do contrato pela vontade de uma das partes, que para tanto bastará manifestá-la. Daí dispor o Código Civil, no art. 682, I, que “cessa o mandato: I – pela revogação ou pela renúncia”.

4 Orlando Gomes, ob. cit., nº 146.

Como já mencionado anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, nota-se uma nítida linha condutora vinculando a função social da propriedade, do contrato e da empresa. Em sintonia com a norma que preconiza e consagra a função social do contrato (Código Civil, art. 421), o art. 473 trata, cuidadosamente, da rescisão unilateral dos contratos: A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos (Código Civil, art. 473).

82. Rescisão e cessação do contrato – Têm-se, também, como modos de extinção dos contratos, a *rescisão* e a *cessação*. Dá-se a *rescisão* quando do contrato está patenteada a *lesão*. Ocorre a *lesão* quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Código Civil, art. 157). Caracteriza-se, pois, a *lesão* pelo fato de não serem equivalentes a prestação e a contraprestação, como, em princípio, se estabelece nos contratos comutativos. Assim, se uma das partes auferir maiores vantagens do que a outra, esta fica lesada e, naturalmente, prejudicada nos seus direitos.

O Código Comercial de 1850 chegava a tachar de nulidade a sociedade ou companhia em que se estipulasse que a totalidade dos lucros pertenceriam a um só dos associados, ou em que algum fosse excluído, e a que desonerasse de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social (Código Comercial de 1850, art. 288).

Segundo o Código Civil de 2002, é anulável o contrato por vício de vontade resultante de *lesão*. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a sua anulação, contado do dia da celebração do contrato. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o contrato. E não se decretará a anulação, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito (Código Civil, arts. 171, II, 178, II e 157).

Se, assim, em um contrato se verificar que há vantagens excessivas para uma das partes em detrimento da outra, como, por exemplo, se forem cobrados juros extorsivos, acima das taxas legais, pode esse contrato extinguir-se por *rescisão*, isto é, pode a parte lesada, na defesa dos seus interesses, pedir que tenha fim o contrato pela *lesão* que sofre nos seus direitos.

Por último, extingue-se o contrato quando há a morte de um dos contratantes, se a obrigação que este devia cumprir é personalíssima. A esse modo de extinção Orlando Gomes, destacando-o dos demais, dá o nome de *cessação*, que aceitamos pelos fundamentos apresentados pelo autor. Aliás, em todo este capítulo utilizamos, em parte, a nomenclatura dada por Orlando Gomes pela sua atualização e pelos motivos lógicos com que a fundamenta, sabido que vários autores utilizam nomenclatura diferente para caracterizar os diversos modos de extinção dos contratos.

VII

NULIDADE DOS CONTRATOS

83. Nulidade e anulabilidade – Esta é matéria de grande relevância no Direito Empresarial.

Existem contratos que são considerados *nulos* e contratos que podem ser *anulados*. O que motiva esse estado de coisa é a existência de vícios de tal ordem que afetam profundamente o contrato. Se o vício *for insanável*, há *nulidade absoluta* ou de *pleno direito* e o contrato é como se não existisse, não produzindo nenhum efeito entre as partes; se, porém, o vício *for sanável*, existirá apenas uma *nulidade relativa* e o contrato será *anulável* a requerimento daqueles que tiverem interesse nele. Poderá, contudo, haver *ratificação*, e nesse caso, reparado o vício, o contrato passará a produzir os seus efeitos legais.

84. Nulidade no Código Comercial de 1850 e no Reg. nº 737, de 25.11.1850 – O Código Comercial de 1850 não fazia a distinção entre contratos nulos e anuláveis. Simplesmente enumerava casos de nulidade de todos os contratos mercantis. Coube ao Reg. nº 737 traçar a diferença entre os casos de nulidade absoluta e os de simples anulabilidade. Dedicou ele nada menos de 13 artigos, os de nºs 682 a 694, às *nulidades dos contratos comerciais*, artigos que não constituíam matéria adjetiva, como ponderava Carvalho de Mendonça, mas sim, substantiva, apesar de se encontrar numa lei processual;¹ essas regras, entretanto, afastando-se da boa qualidade do regulamento, eram consideradas pelos autores como muito defeituosas. Mesmo assim, vigoraram durante largos anos, tendo tido, inclusive, vários defensores que muito as aplaudiram.²

Afora esse artigo, contendo regras gerais que eram aplicáveis *a todos os contratos*, o Código Comercial de 1850 ainda enumerou, em dispositivos espar-

1 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 239.

2 “Por ocasião do estudo do projeto do Código Civil, Andrade Figueira propunha que se adotassem a respeito das nulidades as disposições do Reg. nº 737, de 1850, ampliadas e modificadas. Clóvis respondeu muito bem: “O Conselho de S. Exª parece-me dos piores. O Reg. nº 737 é incontestavelmente uma das nossas melhores leis, mas, como tudo que é humano, tem defeitos. É talvez o único defeito, mas este grave, no Reg. nº 737, o capítulo referente às nulidades”. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 239, nota 3.

tos, vários casos que dão motivo à nulidade. Alguns desses dispositivos esparsos encontram-se na parte remanescente do Código Comercial. Assim, serão nulas, nos termos do art. 468, as alienações e hipotecas de embarcações brasileiras destinadas à navegação em alto-mar, se não forem feitas por escritura pública, dessa constando o teor do registro das ditas embarcações; será nulo o contrato de câmbio marítimo “sendo o empréstimo feito à gente da tripulação; tendo o empréstimo somente por objeto o frete a vencer, ou o lucro esperado de alguma negociação ou um e outro, simultânea e exclusivamente; quando o dado não corre algum risco dos objetos sobre as quais se deu o dinheiro; quando recai sobre objetos, cujos riscos já têm sido tomados por outrem no seu inteiro valor; faltando o registro ou as formalidades exigidas no art. 516 para o caso em que aí se trata” (art. 656). Também são nulos e anuláveis os contratos de seguro marítimo que se enquadram nos dispositivos constantes dos arts. 677 e 678.

85. A nulidade no Código Civil – O Código Civil, como se sabe, não definiu o contrato. O Código Civil de 1916 dera-lhe, contudo, o conceito ao declarar o ato jurídico como “todo ato lícito que tenha por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos” (Código Civil de 1916, art. 81).

O Código Civil de 2002, estatuinto que “a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável e forma prescrita ou não defesa em lei” (art. 104), esclareceu, contudo, que a forma só será necessária para a validade do ato quando a lei assim determinar (art. 107).

Segundo o Código Civil de 2002 (arts. 166 e 167), será, *nulo* o negócio jurídico:

1. quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
2. quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
3. quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
4. quando não revestir a forma prescrita em lei;
5. quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
6. quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
7. quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção;
8. quando simulado.

As pessoas absolutamente incapazes, de que trata o nº I do art. 166, são as mencionadas no art. 3º do Código, ou seja, os menores de 16 anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

No negócio jurídico simulado, subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma; além disso, ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado (art. 167).

Essas nulidades, de que tratam os arts. 166 e 167, são *de pleno direito*: poderão ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, devendo, ainda, ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos, e as encontrar provadas, não sendo a esse permitido supri-las, ainda que as partes assim requeiram (art. 168). Isso em virtude de serem as nulidades de pleno direito de *ordem pública*; os interesses particulares não poderão, em hipótese alguma, sanar os vícios existentes nesses atos. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade (arts. 169 e 170).

Além dessa nulidade insanável, ou de pleno direito, estatui o Código nulidades sanáveis, ou atos meramente anuláveis, que não são pronunciados *ex officio* pelo juiz e que só podem ser alegados pelos interessados em virtude de não estarem em jogo normas que afetem a ordem pública, mas apenas princípios que dizem respeito aos interesses das partes. São atos anuláveis os praticados por pessoas relativamente incapazes (ou, na especificação dessas pessoas feita pelo art. 4º do Código, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, não legalmente emancipados, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, os pródigos e os índios, nos termos da legislação especial) e os eivados de vícios resultantes de erro substancial ou ignorância (arts. 138 a 144), dolo (arts. 145 a 150), coação (arts. 151 a 155), onerosidade excessiva decorrente de estado de perigo (art. 156), lesão (art. 157) e fraude contra credores (arts. 158 a 165). Tais atos poderão ser *ratificados*, ressalvando-se o direito de terceiros, retroagindo a ratificação à data do ato.

O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos acima indicados, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade (arts. 172 a 177).

Anulado o negócio, as partes se restituirão ao estado em que antes dele se encontravam. Não sendo possível essa restituição, serão indenizadas com o equivalente.

86. A nulidade dos contratos empresariais – Concluindo a exposição acima feita, devemos considerar que no Direito Empresarial, como no Civil, há contratos *nulos* e *anuláveis*. *Nulos* serão aqueles que, ferindo diretamente o interesse público, estão eivados de vícios para os quais não há remédio. Consideram-se os contratos como não existentes, voltando as partes ao estado em que se encontravam antes de sua celebração. Qualquer pessoa poderá arguir a nulidade de tais contratos, cabendo ao juiz declará-la, quando dela tomar conhecimento, ainda que tal não lhe seja requerido. A essa nulidade insanável dá-se o nome de *nulidade de pleno direito*.

Anuláveis serão os contratos eivados de vícios que prejudicam apenas as partes contratantes; por isso, só essas poderão reclamar essa nulidade, não a declarando o juiz a não ser a requerimento do interessado. Tal nulidade tem o nome de *relativa* e, para distinguir-se da nulidade absoluta ou de pleno direito, dá-se ao contrato assim viciado o nome de contrato *anulável*. Consequentemente, por ser de interesse apenas das partes contratantes, estas poderão sanar o vício, *ratificando* o contrato, desde que tal fato não prejudique a terceiro.

VIII

CONTRATOS NO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850

87. Sistema do Código Comercial de 1850 – Ao ser promulgado, dedicou o Código Comercial de 1850 14 títulos da sua 1ª parte, denominada Do Comércio em geral, aos contratos e obrigações comerciais. Desses títulos, que vão do nº V ao nº XVIII, o de nº V continha regras gerais sobre Os contratos e obrigações mercantis e os de nºs XVII e XVIII referiam-se aos modos de extinção das obrigações e à prescrição. Os demais estatuíam regras específicas sobre o mandato mercantil (Título VI), a comissão mercantil (Título VII), a compra e venda mercantil (Título VIII), o escambo ou troca mercantil (Título IX), a locação mercantil (Título X), o mútuo e os juros mercantis (Título XI), as fianças e cartas de crédito e abono (Título XII), a hipoteca e penhor mercantil (Título XIII), o depósito mercantil (Título XIV), as companhias e sociedades comerciais (Título XV) e as letras, notas promissórias e créditos mercantis (Título XVI).

Algumas dessas matérias, como a letra de câmbio e a nota promissória, foram posteriormente reguladas por leis especiais, deixando de se reger pelas normas do Código Comercial de 1850. Outras, com o advento do Código Civil de 1916, passaram a ter nesse o seu regulamento específico, como as hipotecas, que passaram a ser regidas pelo Código Civil de 1916. Outras, ainda, passaram a ter no Código Civil de 1916 regras subsidiárias de grande importância, como acontecia com o penhor. Outras, por último, foram consideradas como contratos pelo Código Comercial de 1850, mas posteriormente, graças às novas teorias a respeito do assunto, deixaram de ser tidas como tal. É o caso das sociedades anônimas, cujos dispositivos do Código de 1850, aliás, foram revogados, passando elas a reger-se por lei especial, e a letra de câmbio e a nota promissória, que passaram a ser consideradas não como instrumentos de contratos, mas atos unilaterais geradores de obrigações.

88. Método para o estudo dos contratos empresariais – Já tivemos oportunidade de nos deter, páginas atrás, sobre a especialização da obrigação empresarial e as características do Direito Empresarial. Fizemos essa revisão em virtude de ser necessário ao estudioso o seu conhecimento antes de serem analisados, especificamente, os vários contratos atualmente contidos no Código Civil de 2002, procu-

rando pontuar a eventual influência das características do Direito Empresarial incidente sobre eles. Não trataremos, neste volume, dos contratos referentes ao direito marítimo, que têm uma configuração própria e que serão focalizados quando nos detivermos na análise desse setor do Direito Empresarial, que constitui a 2ª parte do Código Comercial de 1850, não revogada pelo Código Civil de 2002.

Para o estudo dos contratos não seguiremos a ordem estabelecida no Código Civil, e sim uma ordem arbitrária, com preferência dos contratos mais usuais nas atividades dos empresários. Também aqui não serão incluídas as letras de câmbio e notas promissórias, que terão o seu estudo quando nos referirmos às diversas espécies de títulos de crédito. Por último, as sociedades já foram pormenorizadamente estudadas no nosso *Curso de Direito Comercial*, ali estando exposta nossa opinião sobre essas entidades que dia a dia crescem tanto de importância que já se fala em um *direito das sociedades*, o que prova a atuação que têm elas no desenvolvimento comercial dos diversos povos.

Alguns outros contratos foram incluídos nesta edição. Certos deles, por serem mais usados nas atividades não empresariais, não haviam sido focalizados anteriormente; tornando-se, com o tempo, largamente difundidos nas operações empresariais, passamos agora a traçar as suas características e regras fundamentais. Outros são contratos novos, só recentemente introduzidos ou em vias de introdução, entre nós, nas atividades empresariais, razão pela qual agora os registramos. Com o aparecimento de novas técnicas de comercialização dos bens, são adotados contratos que assegurem o bom êxito dessas técnicas. Certos desses contratos não contam, ainda, entre nós, regras legais para regulá-los, mas de qualquer modo os contratos existem: é o que acontece com a *faturização (factoring)*, o contrato de concessão de *know-how* e os derivados do uso dos *cartões de crédito*. Finalmente, alguns, como o *leasing*, no Brasil recentemente chamado de *arrendamento mercantil*, foram parca e defeituosamente objeto de legislação específica. Procuraremos de todos eles dar uma noção, antes mesmo de serem regulados por lei, porque tais contratos estão se tornando comuns na vida mercantil do país e nos parece útil ter-se uma ideia dos mesmos.

Capítulo Terceiro
DA COMPRA E VENDA MERCANTIL

IX

NOÇÕES GERAIS

89. Conceito – Entende-se por *compra e venda* o contrato segundo o qual uma das partes se obriga a transferir o domínio de uma coisa a outra, mediante o pagamento, por esta, de certo preço em dinheiro. A pessoa que se obriga a transferir o domínio da coisa se denomina *vendedor*; aquele que, para fazer jus ao domínio, assume a obrigação de pagar certo preço em dinheiro é chamado *comprador*. O contrato é um só, apesar de denominar-se *compra e venda*. Uma compra sempre pressupõe uma venda e *vice-versa*. Algumas legislações denominam-no apenas de *venda* (Código Civil italiano, de 1942, art. 1.470 e segs.), outras de *compra* (Código Comercial alemão, art. 373 e segs.), sendo várias as que, como a brasileira, usam da denominação de *compra e venda* (Códigos Comerciais espanhol, art. 325 e segs.; francês, art. 109; japonês, de 1951, art. 524 e segs.; português, art. 463 e segs.).

90. A compra e venda no Código Comercial – O Código Comercial de 1850 dedicava nada menos de 30 artigos ao contrato de compra e venda – arts. 191 a 220 –, mas não dava uma definição desse contrato. No art. 191 estabelecia, apenas, o modo como ele se aperfeiçoava, ao declarar:

“O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem o consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição.”

Essa 1ª parte do art. 191 do Código Comercial de 1850, apesar de não dar definição do contrato de compra e venda – definição que só iríamos encontrar mais tarde, no art. 1.122 do Código Civil de 1916 –, continha, contudo, princípios que são vitais para o perfeito conhecimento do contrato. Assim é que ela nos mostra que, para o contrato poder considerar-se perfeito, necessário será que concorram três elementos indispensáveis: o primeiro é o *acordo de vontades* do comprador e do vendedor (... “logo que o comprador e o vendedor *se acordam*” ...); o segundo o *objeto* da compra e venda (... “*na coisa*”...) e o terceiro um preço (... “no preço”...) representa a contraprestação do comprador para fazer jus à transferência do

domínio da coisa. Também mostra essa 1ª parte do art. 191 do Código Comercial de 1850 que, além das compras e vendas puras e simples, existem compras e vendas *condicionais*, entendendo-se que, nas compras e vendas dessa modalidade, o contrato não se aperfeiçoará senão depois de verificada a condição. Ainda nos ensina o artigo que uma vez concluído o contrato, as partes contratantes, ou seja, o vendedor e o comprador, não poderão arrepender-se a não ser por mútuo consentimento, pouco importando que a coisa não tenha sido entregue nem o preço pago. Isso significa que, para a perfeição do contrato, necessária é *apenas a troca de consentimentos*. Caracteriza-se assim, o contrato como *consensual*, aperfeiçoando-se e tornando-se obrigatório com o mero acordo de vontades, sendo, pois, a entrega da coisa e o pagamento do preço consequências do contrato, pelas quais ficarão vendedor e comprador obrigados desde que se verifique a troca de consentimentos. Assim compreendido o dispositivo, para a formação do contrato são necessários *uma coisa e um preço*. A entrega dessa coisa e o pagamento do preço, contudo, não são decisivos para o aperfeiçoamento do contrato, sendo o elemento *consentimento* o que, realmente, lhe dá vida. A *entrega* da coisa e o *pagamento* do preço são efeitos desse consentimento, *obrigações* que, em virtude do acordo de vontades, assumem o vendedor e o comprador, mas que não necessitam, para a validade do contrato, ser cumpridas no momento da conclusão do mesmo. Pode, desse modo, o cumprimento de tais obrigações não se verificar contemporaneamente ao consentimento e, no entanto, com a manifestação deste, o contrato se torna perfeito e obrigatório.

Os demais artigos do Código Comercial de 1850 traçavam normas desordenadas sobre vários aspectos do contrato de compra e venda, normas que precisavam ser aplicadas em consonância com os dispositivos do Código Civil de 1916 e de leis especiais sobre a matéria. Assim, logo na 2ª parte do art. 191 dava o Código Comercial de 1850 as características da compra e venda *mercantil*, mostrando que eram mercantis apenas as compras e vendas de objetos móveis ou semoventes, ficando fora do âmbito do Direito Comercial os imóveis. Entretanto, estes, conforme já foi salientado no nº 136 do nosso *Curso*, muitas vezes podem fazer parte do estabelecimento empresarial (fundo de comércio) e como tal eram regidos pela lei comercial, complementada, nos casos específicos, pela lei civil. Também estabelecia essa 2ª parte do art. 191 do Código Comercial de 1850 que as vendas só seriam consideradas mercantis quando o comprador ou o vendedor fosse comerciante. Estava, assim, a comercialidade do contrato ligada à atividade profissional do comprador ou do vendedor. Só seria comercial a compra e venda que o comerciante realizasse quando no *exercício de sua profissão*.

Sobre o *objeto* da compra e venda tratava o art. 192 do Código Comercial de 1850, esclarecendo que a compra e venda podia recair sobre coisas incertas, como, por exemplo, lucros futuros. Do outro elemento essencial ao aperfeiçoamento do contrato, no caso o *preço*, cogitavam os arts. 193, 194, 195 e 218 do Código Comercial de 1850. Em se tratando de contrato *bilateral*, em que há obrigações para ambas as partes, o Código Comercial de 1850 se referia às obrigações do comprador nos arts. 196, 206 e 208 e aos direitos deste nos arts. 202, 203 e 216. Algumas

obrigações do vendedor eram mencionadas nos arts. 197, 198 e 207, referindo-se o Código Comercial aos direitos desse nos arts. 204, 209, 210, 211, 213, 214 e 215. Da *tradição* tratavam os arts. 199 e 200, e o art. 205 dava uma norma processual a respeito da *mora*, estatuinto que “para o vendedor ou comprador poder ser considerado em mora é necessário que preceda interpelação judicial da entrega da coisa vendida ou do pagamento do preço”.

Por último, o art. 217 do Código Comercial de 1850 se referia ao modo de determinação dos vícios e diferenças de qualidades das mercadorias vendidas e o art. 220 fazia restrições à rescisão do contrato por lesão. O art. 219, estabelecendo a obrigatoriedade da fatura, em duplicado, nas vendas em grosso ou por atacado, estava destinado a desempenhar papel saliente na vida comercial e jurídica do Brasil, pois foi ele o ponto de partida para que surgisse uma legislação especial a respeito das *faturas e duplicatas*, legislação que culminou com a Lei nº 187, de 15.01.1939, que, regulando as vendas mercantis, alçou a duplicata da fatura à categoria de título de crédito, dando-lhe um regime especial que muito tem servido para desenvolver as negociações com relativa segurança para os comerciantes. Essa lei foi substituída pela Lei nº 5.474, de 18.07.1968, que, entretanto, conservou as características essenciais do instituto.

91. A compra e venda no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002

– O Código Comercial de 1850, como vimos, não definiu o contrato de compra e venda, apenas dizendo que ele se aperfeiçoava e se tornava obrigatório logo que as partes se acordassem na coisa, no preço e nas condições, em se tratando de compra e venda condicional (Código Comercial de 1850, art. 191). Os Códigos Civis de 1916 e de 2002, entretanto, definiram esse contrato como sendo o em que “um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro” (Código Civil de 1916, art. 1.122; Código Civil de 2002, art. 481). Ambos os Códigos Civis reproduziram, melhorando-o, o disposto no art. 191 do Código Comercial de 1850, estabelecendo que “a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita desde que as partes acordem no objeto e no preço” (Código Civil de 1916, art. 1.126; Código Civil de 2002, art. 482).

Na definição dada no art. 1.122 do Código Civil de 1916 e reproduzida no art. 481 do Código Civil de 2002, seguiu-se o critério mais consentâneo com a natureza da compra e venda, de que o contrato em si não transfere o domínio da coisa, criando, apenas, para o vendedor a obrigação de transferir o domínio, isto é, uma *obrigação de dar*. A transferência do domínio será, pois, uma consequência do contrato, que se reputa perfeito e obrigatório desde que haja acordo entre as partes sobre a coisa e o preço. Esse critério, sem dúvida o mais aceitável em direito, não é adotado por algumas outras legislações, nas quais o próprio contrato opera a transferência do domínio. Assim, por exemplo, o Código Civil francês, no art. 1.583, estatui que o comprador adquire *a propriedade* da coisa desde que haja acordo sobre a coisa e o preço, ainda que a coisa não tenha sido entregue nem o preço pago. Baseado em tal dispositivo, a doutrina francesa ensina que o con-

trato de compra e venda é translativo da propriedade, donde Jean Hémard defini-lo como “aquele em que uma pessoa transmite a propriedade de uma coisa a uma outra pessoa que se obriga a pagar-lhe o preço”.¹ O Código de Comércio da França, que por sinal possui somente um artigo (nº 109) sobre a venda, e ainda mesmo se referindo apenas aos meios de prova do contrato, nenhum esclarecimento dá sobre a matéria. Mas, se bem que tenham sofrido vários ataques, os autores franceses continuam a reconhecer o contrato de compra e venda como translativo da propriedade.

Pelo direito brasileiro, o contrato de compra e venda dá às partes não um direito real, mas um *direito pessoal*, isto é, o de que o vendedor se obriga a transferir o domínio da coisa ao comprador mediante o pagamento de um preço determinado. E como o Direito Comercial se referia apenas a *coisas móveis* (Código Comercial, art. 191, 2ª parte), a transferência do domínio destas já se fazia mediante a *tradição*, segundo a regra contida no art. 620 do Código Civil de 1916, reproduzida no art. 1.267 do Código Civil de 2002:

“O domínio das coisas móveis não se transfere pelos contratos antes da tradição” (1916).

“A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição” (2002).

92. Vendas com reserva de domínio – O Código Civil de 1916 não tratava de maneira sistematizada a venda com reserva de domínio. Essa falta de sistematização alimentava muitas controvérsias. Na vigência do Código Civil de 1916, os autores discutiam sobre a natureza de tal contrato, sendo variadas as opiniões a respeito. Grande maioria, entretanto, a nosso ver com razão, considerava-o uma *venda condicional*, havendo, porém, divergências quanto a saber-se se a condição era *resolutiva* ou *suspensiva*. Para Robert Goldschmidt,² tratava-se de uma condição *suspensiva*, enquanto Cunha Gonçalves fazia depender a natureza da cláusula de acordo com os termos do contrato, podendo, “nuns casos, e tendo havido entrega da coisa, significar uma venda feita sob *condição resolutiva*, condição que é o integral pagamento do preço; e noutros casos, pode este pagamento ter sido considerado condição *suspensiva*, *donec pretium solvatur*, caso em que a transmissão ficará dependente da realização do fato condicional, como já preceituavam as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título V, 3º”.³ Para Carvalho de Mendonça, entretanto, tratava-se de uma venda pura e simples, “deferindo-se, tão somente, a transferência da propriedade para dado *dia, certus dies*, o dia do pagamento da

1 Jean Hémard, “Les contrats commerciaux I – Les ventes commerciale – Le gage commerciale”, in *Traité théorique et pratique de droit commercial*, de Jean Escarra, Edouard Escarra e Jean Rault, Paris, Sirey, 1953, p. 29.

2 Robert Goldschmidt, *Las ventas con reserva de dominio en la legislación venezolana y en Derecho Comparado*, Caracas, 1956, p. 9, cit. por Valdemar Ferreira, *ob. cit.*, 2 vol., p. 433.

3 Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro*, 2ª ed., p. 74.

última prestação do preço”.⁴ Parecia-nos, entretanto, que a razão não estava com Carvalho de Mendonça, pois, sendo, no Direito brasileiro, a compra e venda um contrato consensual, e não real, está ele perfeito logo que as partes se acordem sobre a coisa e preço.

Na edição anterior deste livro (15ª edição, publicada antes da vigência do Código Civil de 2002) deixamos clara a nossa posição: trata-se de venda condicional, subordinada a condição suspensiva. O Código Civil de 2002, no art. 524, corrobora esse entendimento e dirime as controvérsias: “A transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue.”

Nos termos do art. 481 do Código Civil, pelo contrato de compra e venda o vendedor se obriga a transferir ao comprador o domínio da coisa, mediante o pagamento do preço convencionado. O domínio, isto é, a propriedade da coisa, se transfere, em se tratando de móveis, mediante a *tradição*, segundo a regra do art. 1.267, *caput*, do Código Civil.

Na compra e venda de bens móveis, portanto, o contrato de compra e venda se torna obrigatório desde que o vendedor e comprador entrem em acordo sobre o objeto e o preço, “ainda que a coisa não se ache entregue nem o preço pago”, segundo rezava o art. 191 do Código Comercial de 1850; mas a propriedade da coisa só se opera, do vendedor para o comprador, quando se realiza a tradição, com a entrega da coisa, real simbólica, do primeiro ao segundo.

Entretanto, costuma-se, na atividade empresarial, realizar vendas com a cláusula de que a propriedade da coisa não passará para o comprador ao receber este a mesma e sim somente depois de certo tempo. Esses contratos se referem a vendas a crédito, com o pagamento dividido em parcelas. Têm as vendas assim efetuadas a denominação de *vendas com reserva de domínio* e em geral só se transmitirá a propriedade da coisa ao comprador depois de paga a última prestação do preço, muito embora esteja aquela, desde o início, na posse do comprador.

A cláusula de reserva de domínio, como se vê, de certo modo contraria o princípio geral contido no art. 1.267 do Código Civil, de que a tradição das coisas móveis transfere o domínio.

As duas obrigações (a obrigação do vendedor de transferir o domínio da coisa e a obrigação do comprador de pagar o preço) em geral se interdependem para a execução do contrato: para haver a coisa deve o comprador pagar o preço. Tendo, entretanto, sido a coisa entregue, e portanto, transferido o domínio, não efetuando o comprador o pagamento do preço, caberá ao vendedor demandar esse pagamento e não reaver o domínio da coisa, que já foi transferido com a tradição. O vendedor realizou sua obrigação, transferindo o domínio; o comprador será demandado, assim, para o cumprimento da sua, que é o pagamento do preço. Esses os casos normais das compras e vendas.

4 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, 2ª parte, vol. VI, nº 756.

Nas vendas com reserva de domínio fica estipulado, entretanto, no ato da formação do contrato, que, em se tratando de venda em que o pagamento é feito parceladamente, se o comprador deixar de efetuar-lo no modo convencionado, não só ficará sujeito à regra de ser demandado para o pagamento do restante do preço como também se sujeitará a não integrar-se na propriedade da coisa, apesar de já estar na sua posse.⁵ Trata-se, evidentemente, de *condição* imposta pelo vendedor e aceita pelo comprador, condição que faz com que o comprador não seja considerado proprietário da coisa a não ser depois de efetuado todo o pagamento. Se o contrato tem por finalidade máxima transferir o domínio da coisa do vendedor para o comprador, mas se essa transferência fica diferida para o momento em que todo o preço seja pago, apesar de já estar o comprador de posse da coisa há aí uma condição que suspende a integração do comprador no domínio da coisa enquanto não for pago todo o preço, caracterizando-se, desse modo, a condição *suspensiva*.

O Código Civil de 2002, diferentemente do de 1916, tratou de maneira sistematizada a venda com reserva de domínio, nos arts. 521 a 528.

O Código de Processo Civil trata das vendas a crédito com reserva de domínio nos arts. 1.070 e 1.071.

93. Características da compra e venda no Código Comercial de 1850 – O art. 2.045 do Código Civil de 2002 revogou toda a Parte Primeira do Código Comercial de 1850 e, com isso, a disciplina diferenciada do contrato de compra e venda mercantil. Apesar disso, vale a pena manter aqui este tópico, não apenas como reminiscência histórica, mas também como lembrança do esforço hermenêutico imposto pela dicotomia do Direito Obrigacional até então vigente.

A 2ª parte do art. 191 do Código Comercial dispunha o seguinte:

“É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel-moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou o vendedor seja comerciante.”

Durante a sua vigência, era essencial para caracterizar a compra e venda mercantil que os objetos adquiridos se destinassem a ser *revendidos* ou *alugados*. Essa característica essencial estava em consonância com a atividade profissional de comerciante e com a teoria dos atos do comércio (v. nosso *Curso* n.ºs 47 e 145 e segs.). Sendo o comerciante um intermediário, os atos que pratica, no exercício de sua profissão, são atos destinados a fazer com que as mercadorias circulem, procurando ele auferir lucros dessa intermediação.

Outros requisitos, entretanto, exigia o Código de 1850 para dar o caráter mercantil às compras e vendas. Assim, os objetos adquiridos e destinados à revenda ou a ser alugados deviam ser *móveis* ou *semoventes*: a lei brasileira, como em geral

5 Código de Processo Civil de 1973, arts. 1.070 e 1.071. O Projeto de Código Civil de 1975 regula a venda com reserva de domínio nos arts. 519 a 525.

grande número de outras leis comerciais, afastara os imóveis das negociações mercantis, seguindo uma tradição secular que, entretanto, não mais se justifica. Ademais, estatuiu o Código de 1850 que só seriam consideradas mercantis as compras e vendas de objetos móveis ou semoventes destinados a serem revendidos ou alugados *se o comprador ou o vendedor fosse comerciante*.

Resumindo, segundo o Código Comercial de 1850, caracterizavam a compra e venda mercantil:

- a) o fato de serem os objetos comprados destinados à revenda ou a ser alugados;
- b) a necessidade de serem esses objetos móveis ou semoventes;
- c) a necessidade de ser comerciante o comprador ou o vendedor.

Esses requisitos gerais estavam perfeitamente entrosados na teoria dos atos de comércio e, por isso mesmo, deviam ser entendidos dentro dessa teoria.

Atos de comércio eram considerados atos de intermediação e, por tal razão, as compras e vendas, para serem consideradas comerciais e não civis, deviam ser, também, atos de intermediação.

Além disso, tendo o Direito Comercial afastado do seu âmbito os imóveis, só deviam ser consideradas comerciais as compras e vendas de objetos móveis ou semoventes.

Finalmente, como eram considerados atos comerciais por natureza aqueles que o comerciante praticava no exercício de sua profissão, para que pudesse uma compra e venda ser considerada comercial e não civil havia necessidade da interferência de um *comerciante*, seja como vendedor, revendendo, nesse caso, o que adquiriu para essa finalidade enquadrada em suas atividades profissionais, seja como comprador, adquirindo para, posteriormente, revender, com o intuito de auferir lucro dessa intermediação.

Contudo, a própria teoria dos atos de comércio, abandonada pelo Código Civil de 2002, reconhecia a existência de alguns atos que, por força da lei, eram sempre considerados comerciais. Constituindo um desses atos objeto de uma compra e venda, esta devia ser considerada comercial, e como tal reger-se pela lei própria do comércio, ainda que não estivesse a coisa destinada à revenda ou não fosse comerciante o comprador ou o vendedor. Assim, por exemplo, quem adquirisse um título da dívida pública, ou uma ação de uma sociedade anônima, estaria realizando uma compra comercial ainda que não se destinassem esses títulos à revenda nem fosse comerciante o vendedor ou o comprador. Igualmente, quem adquirisse um imóvel para o seu estabelecimento comercial estaria, pela teoria do acessório, praticando um ato de comércio.

Caracterizava-se, assim, a compra e venda mercantil como aquela em que era comerciante o vendedor ou o comprador, que adquiriam ou vendiam objetos móveis ou semoventes destinados a revender ou a ser alugados. Consideravam-se móveis para os fins legais, a moeda metálica e o papel-moeda, os títulos de fundos públicos, as ações das sociedades anônimas e os papéis de créditos comerciais.

94. Histórico das compras e vendas – Contrato característico do comércio, a compra e venda teve a sua origem com o aparecimento da moeda, como mercadoria-padrão para a aquisição dos bens de que necessitavam os indivíduos ou os grupos, mediante a troca da moeda pelos objetos de que cada um precisava. Evoluindo os grupos sociais, trouxe esse progresso o problema da aquisição de objetos necessários aos diversos grupos, já não mais sendo possível fazer toda a sua aquisição através da troca direta, de objeto por objeto, como primitivamente acontecia.⁶ Encontrada, na moeda, a mercadoria-padrão, que poderia ser trocada por qualquer outra mercadoria, começou a desenvolver-se o comércio, tendo base, sobretudo, nessas trocas. Naturalmente surgiram os elementos indispensáveis para o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda. A quantidade de moedas julgadas necessárias para a aquisição dos objetos passou a ser o *preço*; as mercadorias a serem adquiridas por esse preço são o *objeto* do contrato. Finalmente, para que se fizesse a troca das moedas pelas outras mercadorias, indispensável se tornou que os proprietários das moedas e os das coisas entrassem em comum acordo sobre a negociação, donde se verificou a necessidade do mútuo consentimento para a formação do contrato.

95. Classificação do contrato de compra e venda na atividade empresarial – Sendo a compra e venda um contrato mediante o qual uma pessoa, denominada *vendedor*, se obriga a transferir a outra o domínio de certa coisa, denominada *objeto*, mediante o pagamento de um preço, verifica-se que o contrato:

a) é *consensual*, pois se forma pela simples manifestação da vontade das partes, gerando o consentimento obrigações pessoais dos contratantes – para o vendedor, a obrigação de transferir o domínio da coisa, e para o comprador, a de pagar o preço;

b) é *bilateral*, uma vez que, realizado o acordo de vontades, para ambas as partes contratantes nascem obrigações – a de transferir o domínio, para o vendedor, e a de pagar o preço, para o comprador;

c) é *oneroso*, visto como, sendo da essência da atividade empresarial o intuito especulativo, ambos os contratantes têm interesses de ordem patrimonial, não se admitindo que um realize a prestação decorrente da obrigação assumida pelo acordo de vontades sem receber do outro prestação equivalente;

d) é *comutativo*, já que, em regra, o seu objeto é certo e seguro, se bem que, às vezes, possa assumir o caráter *aleatório*, quando uma das partes, no caso o vendedor, não pode individualizar, no momento da formação do contrato, a coisa a ser vendida, indicando-lhe, contudo, o gênero e a qualidade, e assumindo o risco de entregar a coisa com tais características. É o caso da venda de *coisas incertas* ou *futuras*, de que tratam os arts. 243 a 246 do Código Civil.

⁶ Ultimamente, no comércio internacional, tem sido bastante usada a operação em que um país adquire mercadorias de outro para pagamento não em dinheiro, mas em mercadorias diversas. Em última análise, trata-se de uma *troca* ou *escambo*, não de um contrato de compra e venda. Essa operação tem o nome de *countertrade*.

X

ELEMENTOS DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

97. Elementos característicos da compra e venda – Como já foi salientado várias vezes, o contrato de compra e venda é aquele segundo o qual, mediante consentimento mútuo, uma parte se obriga a transferir o domínio de certa coisa a uma outra, mediante o pagamento de um preço estipulado.

Estudando os elementos característicos desse contrato, costumam os autores dividi-los em três: a *coisa*, o *preço* e o *consentimento*. Essa divisão vem desde o Direito Romano, em que eram tidos como elementos formadores do contrato de compra e venda *res, pretium e consensus*.

Na realidade, não cabe a inclusão do *consentimento* como elemento característico do contrato de compra e venda porque ele é elemento indispensável à formação de *todos* os contratos. Sendo o contrato o acordo de vontades com o fim de regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial, em todas as espécies de contrato se torna indispensável o consentimento. Por tal razão, não se pode dizer que seja o consentimento elemento característico do contrato de compra e venda. É ele *pressuposto* do contrato, tendo a compra e venda como elementos característicos a *coisa*, cujo domínio ou propriedade uma parte se obriga a transferir à outra e o *preço*, que é a obrigação assumida pela parte que deseja adquirir a propriedade da coisa, funcionando esse como contraprestação daquela.

Entretanto, dada a importância do consentimento nesse contrato, que se torna perfeito com a sua simples manifestação, necessário é que nos reportemos, rapidamente, sobre o assunto, para melhor compreensão da compra e venda.

I – Consentimento

98. A capacidade como elemento indispensável para a validade do consentimento – Estatui o Código Civil (art. 104) que:

“A validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.”

Segundo o Código Civil (art. 1º), a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção. Nos termos do art. 3º do Código Civil são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem

o necessário discernimento para a prática desses atos, e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Os atos em que essas pessoas devam figurar serão praticados pelos seus representantes legais. As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos (Código Civil, art. 84). O ato jurídico praticado pessoalmente por qualquer dos indivíduos mencionados no art. 3º do Código Civil será nulo, de pleno direito, nos termos do item I do art. 166 do citado Código.

O Código Civil trata sistematicamente da representação nos artigos 115 a 120.

Relativamente incapazes são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos. Os índios terão a sua capacidade regulada por legislação especial (Código Civil, art. 4º). Para praticar certos atos devem essas pessoas ser *assistidas* pelas pessoas que a lei determinar, sendo os mesmos atos anuláveis, se assim não acontecer, a requerimento dos interessados.

A incapacidade, em princípio, termina aos 18 anos; para os menores, entretanto, poderá cessar por concessão do pai ou, se for morto, da mãe, ou por sentença do juiz, se o menor tiver mais de 16 anos; pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, por estabelecimento civil ou empresarial, com economia própria ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (Código Civil, art. 5º). Ocorrendo qualquer desses casos, o menor se emancipa do pátrio poder, podendo, assim, praticar validamente todos os atos e negócios jurídicos, adquirindo, pois, a maioridade.

Para que o consentimento, nos contratos, possa ser dado validamente, necessário é que os agentes sejam capazes. Assim também no contrato de compra e venda. Se, por acaso, algum dos participantes do contrato for incapaz, esse se tornará nulo ou anulável, caso seja a incapacidade *absoluta* ou *relativa*.

Como já foi dito, é a capacidade o elemento básico para tornar válido o consentimento na compra e venda mercantil. O mesmo acontece com os demais contratos. Capacidade não será, portanto, elemento específico da compra e venda mercantil. Existem, contudo, contratos que só se formam se, além do consentimento, uma das partes transferir a coisa à outra. Esses são contratos *reais*. A compra e venda, no direito brasileiro, é puramente *consensual*.

99. Defeitos da manifestação da vontade

1) Vícios do consentimento

Poderão, contudo, ser os contratantes capazes e, no entanto, estar defeituosa a sua manifestação de vontade, prejudicando-se, por esse fato, a sua validade. O Cód-

go Civil trata dos *defeitos dos atos jurídicos* nos arts. 138 a 165, e os escritores, em regra classificam esses defeitos como *vícios do consentimento* e *vícios sociais*.¹

Por *vícios do consentimento* entendem-se os defeitos existentes na própria manifestação da vontade do agente, não a traduzindo verdadeiramente; por isso, o consentimento dado em tais condições não produz o efeito desejado. *Vícios sociais* são os que resultam de uma declaração da vontade perfeita, mas visando a “resultados condenados ou condenáveis”.² Nos *vícios do consentimento* o defeito é encontrado na própria declaração da vontade; já nos *vícios sociais* são os resultados obtidos com a declaração da vontade que prejudicam a parte.

Na enumeração do Código Civil sobre os defeitos dos atos jurídicos (arts. 138 a 165) são *vícios do consentimento*:

a) *O erro e a ignorância*

Entende-se por *erro*, no conceito de Clóvis Beviláqua, “a noção falsa, que vicia a manifestação da vontade”.³ É a “falsa ideia ou inexata suposição acerca de uma coisa ou um contrato, resultante exclusivamente dum equívoco, ou falta de atenção, ou precipitação de quem nele incorrer”.⁴ Pode ser *substancial*, quando, somente por sua causa, o contrato se celebrar, já que diz respeito à natureza do negócio, à sua substância.

O Código Civil minudencia essa ideia, ao dispor que o erro é substancial quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais, quando concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante, ou quando, sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico (art. 139).

O erro *substancial*, dadas as consequências que traz, fazendo com que se celebre um contrato que, sem ele, não se celebraria, vicia a manifestação da vontade de tal forma que anula o contrato.

O erro pode ser meramente acidental, quando apenas se refere a qualidades secundárias do contrato. O erro *acidental*, por se referir apenas a elementos secundários do contrato, não o atinge, mantendo-se esse válido apesar do erro.

O Código Civil procura fazer sinonímia entre *erro* e *ignorância* (Parte Geral, Livro III, Título I, Capítulo IV, Seção I, epígrafe), mas na realidade são vícios diversos. Enquanto que o *erro* é uma falsa noção que se tem do negócio, a *ignorância* é o inteiro desconhecimento daquilo que é tratado. Também a ignorância se reflete sobre a validade do contrato, pois o consentimento fica viciado e, desse modo, não pode ser considerada como livre e certa a manifestação da vontade.

1 Cf. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, § 50; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, vol. I, nº 88.

2 Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, nº 88, vol. I, p. 359.

3 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 1º, anot. ao art. 86.

4 Cunha Gonçalves, ob. cit., p. 78.

O Código Civil trata do erro e da ignorância nos arts. 138 a 144; o Código Comercial de 1850 não mencionava diretamente o erro nas nulidades dos contratos comerciais, mas o Reg. nº 737, de 1850, no art. 685, já mencionava o erro como um vício do consentimento capaz de tornar anulável o contrato.

b) O dolo

Entende-se por dolo “o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro”.⁵ É, assim, um ato *intencional* praticado com a finalidade não apenas de prejudicar aquele a quem se refere, como, igualmente, de beneficiar o que o realiza ou a outrem. Pode o dolo ser *principal*, quando serve de origem para o negócio, ou *acidental*, quando apenas induz a que o ato seja praticado de maneira diversa daquela que normalmente seria usada. O dolo principal torna o negócio anulável; o acidental apenas obriga à satisfação de perdas e danos, nos termos do art. 146 do Código Civil.

O Código Comercial de 1850, ao tratar da nulidade dos contratos, incluía o dolo como uma das causas de nulidade (art. 129, nº 4). O Reg. nº 737, de 1850, entretanto, fazendo a distinção entre as nulidades de pleno direito e as dependentes da rescisão, incluía o dolo entre essas (art. 685).

Ao lado do dolo deve-se colocar a *omissão dolosa*, que prova a *má-fé* do agente, induzindo a que um contrato bilateral seja celebrado com a ignorância de uma das partes sobre fato ou qualidade conhecidos da outra parte e por essa intencionalmente ocultos. O Código Civil se refere à *omissão dolosa* ao estatuir, no art. 147:

“Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui *omissão dolosa*, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

Essa *omissão dolosa*, caracterizando a *má-fé*, se verifica “quando se dissimula o erro evidente em que labora o outro contraente e, longe de se elucidar este, se celebra o contrato, como o fim de lesar”.⁶ O Código Comercial e o Reg. nº 737, de 1850, não se referiam especificamente à *má-fé*. O mesmo acontece com o Código Civil, que apenas dá a natureza desse vício no citado art. 147.

O Código Civil prevê ainda a possibilidade de anulação do negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento, hipótese em que o terceiro responderá por perdas e danos da parte a quem ludibriou, ainda que subsista o negócio jurídico (arts. 148 e 149).

5 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 1, anot. ao art. 92. Caio Mário da Silva Pereira define o dolo como um vício da vontade que “consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiros”, *Instituições*, vol. I, nº 90.

6 Cunha Gonçalves, ob. cit., p. 78.

Finalmente, o Código Civil estipula que, se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma poderá alegá-lo para anular o negócio ou reclamar indenização (art. 150).

c) Coação

Também constitui vício do consentimento, atingindo, assim, a validade do contrato, a *coação*, que é o temor, infundido por um dos contratantes a outro, de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens, e também à pessoa, à família ou aos bens de um terceiro. Contudo, se a coação disser respeito a terceiro não pertencente à família do paciente, caberá ao juiz, com base nas circunstâncias do caso, decidir se houve a coação.

Em qualquer das hipóteses, “no apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela” (art. 152).

O Código Civil prevê ainda a possibilidade de anulação do negócio jurídico por coação praticada por terceiro, se a parte a quem aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento, hipótese em que o terceiro coator responderá por perdas e danos da parte coagida, ainda que subsista o negócio jurídico (arts. 154 e 155).

O Código Comercial de 1850 não incluía entre os vícios capazes de anular os contratos a coação, mas tanto a doutrina quanto a jurisprudência a reconheciam como tal.

2) Vícios sociais

Ao lado dos chamados *vícios do consentimento*, o Código Civil menciona, como *defeitos dos negócios jurídicos*, o *estado de perigo*, a *lesão*, a *fraude* e a *simulação*. Esses, entretanto, divergem dos vícios do consentimento por não decorrerem da declaração defeituosa da vontade da pessoa, e sim pelos *resultados* que serão obtidos com essa declaração, em si perfeita, mas dirigida a fins “condenados ou condenáveis”. Chamam os autores a esses vícios de *vícios sociais* e são eles, como já ficou dito, o *estado de perigo*, *lesão*, a *fraude* e a *simulação*.

a) Estado de perigo

Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, ou a terceiro, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Se o terceiro periclitante não pertencer à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias (Código Civil, art. 156).

b) Lesão

“Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito” (Código Civil, art. 157).

c) Fraude

Tanto o Código Comercial de 1850 (art. 129, nº 4) como o Reg. nº 737, de 1850 (art. 685), se referiam à fraude como defeito capaz de invalidar o contrato. O Código Civil, nos arts. 158 a 165, tratou da *fraude contra os credores*, editando princípios reguladores da matéria.

Entende-se por *fraude* o artifício que alguém emprega, com malícia, para prejudicar terceiro. Não é a fraude, assim, um *vício do consentimento*, isto é, um ato que vicia, na origem, o consentimento dado pelas partes ao se formar o contrato. Manifesta-se, porém, nos *efeitos do contrato* e por tal razão o Código Civil a menciona entre os *defeitos dos negócios jurídicos*.

A fraude se caracteriza pela *má-fé* com que age a parte, no intuito de prejudicar os terceiros. Procurando a fraude atingir o patrimônio do credor, a lei deu a esse o remédio da ação pauliana ou revogatória, pela qual o credor poderá anular o ato fraudulento que visa a prejudicá-lo. Baseia-se essa ação nos arts. 158 e 159 do Código Civil, o último dos quais se refere aos contratos onerosos, entre esses naturalmente incluídos os empresariais. Diz esse art. 159:

“Serão, igualmente, anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.”

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperações Judiciais e Falências), refere-se à fraude contra os credores ao estatuir, no art. 130:

“São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.”

d) Simulação

Considera-se *simulação* a manifestação da vontade de forma enganosa, de modo a produzir efeitos inteiramente diversos daqueles que são desejados.

A simulação na legislação anterior. O Código Comercial incluía a simulação entre os vícios capazes de anular os contratos (art. 129, nº 3), mas o Reg. nº 737, de 1840, no art. 685, tratou a simulação como vício capaz de tornar o contrato anulável. O Código Civil de 1916 considerava anulável o ato jurídico por vício resultante de simulação; e fixava o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, a contar do dia da realização do ato ou contrato simulado, para a ação de anulá-lo ou rescindi-lo por simulação (Código Civil de 1916, arts. 147,II, e 178, § 9º, V, b).

A simulação no Código Civil de 2002: O Código Civil de 2002 inovou no tratamento da simulação. Dispõe sobre ela, de maneira concentrada, na Parte Geral, Livro III (Dos Fatos Jurídicos), Título I (Do Negócio Jurídico), no Capítulo V (Da Invalidade do Negócio Jurídico).

O Código Civil de 2002 distingue claramente a simulação da dissimulação, que é a mera ocultação das verdadeiras intenções por detrás da manifestação da vontade. O art. 167 considera nulo o negócio jurídico simulado; mas acrescenta que subsistirá o que se dissimulou, se o negócio jurídico for válido na substância e

na forma. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados (art. 167, § 2º). A nulidade decorrente da simulação pode ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e deve ser pronunciada pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e a encontrar provada, não lhe sendo permitido supri-la, ainda que a requerimento das partes (arts. 168). O negócio jurídico nulo por simulação não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo; se, porém, contiver os requisitos de outro negócio jurídico, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade (arts. 169 e 170).

O Código Civil de 2002 também se refere à simulação em vários dispositivos esparsos, como, por exemplo, nos arts. 48 e 1.078.

“Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, **simulação** ou fraude.

Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: [...]

§ 3º A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou **simulação**, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.

§ 4º Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação a que se refere o parágrafo antecedente.”

100. Compra e venda entre presentes e entre ausentes – O mútuo consentimento poderá ser dado, nos contratos de compra e venda mercantil, entre pessoas presentes ou ausentes. No primeiro caso, tem-se um *contrato entre presentes*, mediante a manifestação imediata das duas vontades; no segundo, um *contrato entre ausentes*, mediando um certo espaço de tempo entre a proposta e a aceitação.

As regras gerais que regulam os contratos entre presentes e entre ausentes já foram estudadas neste volume (*supra*, nºs 55 e segs.). Essas regras são todas aplicáveis aos contratos de compra e venda mercantil.

101. A capacidade nos contratos de compra e venda – Para que se realize o contrato de compra e venda é necessário o acordo de vontades; e esse acordo para ter validade legal, requer que as partes contratantes sejam capazes, nos termos precisos do art. 104, I, do Código Civil.

Em tais condições, as pessoas que intervêm nas compras e vendas deverão ser capazes, sob pena de serem nulos ou anuláveis os contratos. Entretanto, comum é se verificar, na prática, incapazes realizando contratos de compra e venda sem que esses contratos sejam considerados nulos. O menor que adquire um obje-

to no varejo de um estabelecimento empresarial está realizando um contrato de compra e venda. Sendo o menor absolutamente incapaz, a venda devia ser nula, de pleno direito, nos termos do art. 166, I, do Código Civil. Entretanto, assim não se dá, considerando-se, na prática, a venda perfeita, não obstante a incapacidade absoluta da parte compradora.

Várias hipóteses são sugeridas para justificar esse procedimento, sendo a mais comum a que considera o menor com *autorização tácita* dos pais para que o contrato tenha valor jurídico. Essas hipóteses, entretanto, não convencem, pois inúmeros são os casos especiais que dia a dia surgem, ampliando a prática comum como no caso de compras feitas por correspondência ou por meio de máquinas automáticas. Ao que tudo indica, trata-se de mero afrouxamento das regras inerentes à formação dos contratos de compra e venda, afrouxamento que, no aspecto jurídico, desfigura o contrato, pois em princípio não é válido o ato praticado por pessoa incapaz. Como, porém, somente quando alegadas ou conhecidas pelo juiz, e provadas, serão as nulidades pronunciadas, os atos assim praticados manterão os seus efeitos enquanto sua nulidade não for declarada.

II – Coisa

102. Os elementos específicos do contrato – O contrato de compra e venda gera, para uma das partes, a obrigação de transferir o domínio de coisa móvel mediante o pagamento de um preço convencionado. *Coisa e preço* são, na realidade, os elementos específicos do contrato de compra e venda, sobre os quais deverá ser feito o acordo de vontades.

103. Coisa e objeto do contrato – Muitos autores fazem confusão em torno de *coisa e objeto do contrato*. Deve-se ter em conta que embora nos contratos patrimoniais o objeto em geral diga respeito a uma *coisa*, há diferença entre os dois termos, diferença que merece ser compreendida.

Objeto do contrato é uma situação jurídica a que o contrato visa estabelecer. Essa situação jurídica decorre exclusivamente da vontade das partes. Assim, na compra e venda, o *objeto do contrato* é a *transferência do domínio* de uma coisa mediante o *pagamento de um preço*. Esse o fim colimado pelos contratantes ao convencionar uma compra e venda.

Para realizar esse fim, naturalmente cada uma das partes assume obrigações – sabe-se, já que o contrato é uma das principais fontes das obrigações. Como se trata de um contrato *bilateral*, há uma obrigação para o vendedor – *de transferir o domínio da coisa ao comprador* – e outra para o comprador – *de pagar por essa transferência do domínio da coisa o preço ajustado*.

Em cada uma dessas obrigações encontram-se, naturalmente, os elementos essenciais das obrigações em geral, ou seja, os *sujeitos da obrigação* e o *objeto ou prestação*. Na obrigação assumida pelo vendedor, de transferir o domínio da coisa, o *sujeito ativo*, isto é, aquele em favor de quem a prestação deve ser feita, é o *comprador*, que tem, assim, o direito de exigir a propriedade da coisa; o *sujeito passivo* é o *vendedor*, que tem o dever de transferir a propriedade da coisa. Na

segunda obrigação, que está ligada à primeira para que o contrato tenha vigor, pois se trata de contrato *bilateral*, para a existência do qual é necessário que ambas as partes se obriguem, dependendo uma obrigação da outra, o vendedor se constitui em *sujeito ativo*, podendo exigir o pagamento do preço e o comprador em *sujeito passivo*, tendo o dever de pagar referido preço.

O *objeto* de ambas essas obrigações varia de acordo com a sua natureza. Na obrigação assumida pelo vendedor, de transferir o domínio da coisa, o *objeto da obrigação é a transferência do domínio*. Já na obrigação assumida pelo comprador, de pagar o preço, o *objeto é justamente o pagamento que o comprador se obrigou a fazer*. Ambos esses objetos, entretanto, se referem a elementos fundamentais para a existência das obrigações oriundas do contrato. O objeto da obrigação do vendedor é a transferência de domínio de *uma coisa*, sendo, assim, essa coisa elemento fundamental para que haja a transferência de domínio por parte do vendedor. Por outro lado, objeto da obrigação do comprador é o pagamento *de um preço*, sendo esse preço o elemento sem o qual não pode haver a obrigação do comprador de pagar.

Em tais condições, *coisa* e *preço* são, em última análise, os elementos indispensáveis para a existência do contrato. Daí dizer-se que somente com o mútuo consentimento sobre coisa e preço pode o contrato de compra e venda considerar-se perfeito.

Verifica-se, desse modo, que há diferença de significado entre *objeto de contrato*, *objeto da obrigação* e *coisa*. Objeto do contrato é a transferência do domínio da coisa *subordinada ao pagamento de um preço*. Objetos das obrigações decorrentes do contrato, ou prestações, são para o vendedor o *dever de transferir o domínio da coisa* e para o comprador o *dever de pagar o preço ajustado*. *Coisa* é o *bem, móvel ou semovente, cujo domínio o vendedor deseja transferir ao comprador* do mesmo modo que *preço* é o *valor em dinheiro que o comprador se obriga a pagar ao vendedor* em troca da propriedade da *coisa*.

Dessa maneira, não podemos jamais dizer que a *coisa* é o objeto do contrato de compra e venda, pois *coisa* e *objeto*, aqui, têm significados diversos, se bem que, semanticamente, possam ser considerados sinônimos. E avulta a necessidade de fazermos essa diferenciação, porque vários são os autores que confundem a *coisa* com o *objeto* do contrato de compra e venda. Motiva, em geral, essa confusão o fato de prescrever a lei que, para a validade dos contratos, necessário é que o seu objeto seja *lícito, possível, determinado ou determinável, não proibido por lei nem ofensivo à ordem pública, à sã moral e aos bons costumes* (Código Civil, arts. 104, II, e 166, II e III). Refere-se a lei, aqui, ao *objeto do contrato*, isto é, à situação jurídica que o contrato visou a estabelecer; poder-se-ia, de certo modo, estender o preceito legal ao *objeto das obrigações*, que é, em geral, o dever de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Não se aplicam, entretanto, as normas estipuladas na lei aos *elementos fundamentais* do contrato, a *coisa*, para o vendedor, e o *preço*, para o comprador. Esses são os pilares dos contratos e, por isso mesmo, elementos essenciais para a existência deles. Mas quando a lei diz que o objeto do *contrato*

deve ser lícito, possível, não ofensivo à sã moral e aos bons costumes, não quer se referir às coisas e sim à finalidade visada pelos contratantes, ou às prestações que devem ser realizadas pelos sujeitos passivos das obrigações.

Aliás, o próprio Código Comercial de 1850 dava margem a que se fizesse essa confusão, pois, no art. 129, nº 2, estatuiu serem nulos os contratos comerciais que recaíssem sobre objetos proibidos por lei e cujo uso ou fim fosse manifestamente ofensivo à sã moral e aos bons costumes. A palavra *objetos*, usada nesse dispositivo do Código Comercial de 1850, devia querer significar *coisas*, já que falava em *uso* e *fim*, e as coisas realmente, é que podem ser usadas e ter fim certo. A intenção do legislador de 1850, entretanto, era outra, a de dizer que os *contratos* que tivessem objeto ilícito ou impossível seriam considerados nulos. Isso foi o que fez o Código Civil de 1916, com mais clareza nos seus arts. 82 e 145, II, declarando que a validade do ato jurídico requeria objeto (do ato ou contrato) lícito e que era nulo o ato jurídico – quando fosse ilícito, ou impossível, o *seu objeto*.⁷

104. Coisas que não podem constituir elementos essenciais dos contratos de compra e venda mercantil – Existem, entretanto, *coisas* que não podem constituir elementos essenciais da compra e venda e, assim, não poderão, igualmente, ser objeto das obrigações, sendo nulos ou anuláveis os contratos que a seu respeito se firmarem. Essas coisas, pela sua própria natureza ou por força da lei, não permitem que sobre elas se constituam obrigações. São elas: os bens de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar – Código Civil, art. 100).

Legalmente inalienáveis são as coisas que por determinação legal não podem livremente ser objeto de compra e venda. Assim, por exemplo, não podem constituir objeto de venda mercantil mercadorias que reproduzam armas, brasões ou distintivos públicos, nacionais ou estrangeiros, sendo esse fato considerado crime de ação pública, nos termos do Código de Propriedade Industrial. Outrossim, são legalmente inalienáveis as coisas sobre que recaiam exigências para preservar a saúde pública, que sejam atentatórias da moral, como livros, folhetos, desenhos, estampas, impressos etc., e aquelas, como as substâncias venenosas, certas espécies de medicamentos e entorpecentes, que só podem ser vendidos mediante autorização especial dos poderes competentes. Há, ainda, várias coisas que são inalienáveis, resultando essa inalienabilidade sempre de um princípio legal.

Afora essas, também não podem servir de elementos para a compra e venda as coisas que, por sua natureza, são insuscetíveis de apropriação. Estão, nesse caso, as chamadas *coisas* de uso inexaurível, tais como o ar,⁸ a luz, o mar-alto etc., e os bens do domínio público, que por todos poderão ser usados, tais como as praças, as ruas, as estradas etc. (Código Civil, arts. 98 e 99).

7 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nota I, p. 61.

8 A título de curiosidade, esclarecemos que vimos em Jerusalém, Israel, certas lojas vendendo latas fechadas com o rótulo de “Ar da Terra Santa”. Naturalmente trata-se de uma esperteza que não atinge o princípio mencionado no texto.

Por último, também são consideradas inalienáveis coisas sem valor, pois, devendo haver uma equivalência entre a coisa e o preço, aquela não possuindo valor, não poderá servir de contraprestação para o preço. E pela mesma razão não podem ser objeto de compra e venda as coisas cujas espécies não podem ser determinadas, sendo-o apenas o gênero, tais como *um* móvel, *um* cereal etc., já que a fixação do preço requer a determinação da espécie da coisa ou, pelo menos, a sua caracterização, de tal modo que permita verificar se realmente equivale ao preço fixado.⁹

105. Características das coisas sob o prisma do Direito Comercial – Regra geral, em sua atividade, o empresário compra e vende bens móveis; e as coisas que compra e vende habitualmente tomam o nome especial de *mercadorias*.

As mercadorias não devem ser *legalmente inalienáveis*, isto é, sobre sua circulação não devem existir restrições legais. Para ser elemento de uma compra e venda a mercadoria necessita ser livremente disponível por parte de seu proprietário.

Não devem as mercadorias estar *fora do comércio*, sendo, por sua natureza, inapropriáveis. A compra e venda de mercadorias é um contrato que tem por finalidade transferir o domínio da coisa chamada mercadoria e, se essa é inapropriável por natureza, tal transferência jamais se poderá verificar.

Finalmente, para serem elementos de contrato de compra e venda de mercadorias, devem estas possuir um valor intrínseco ou estimativo capaz de dar lugar a uma contraprestação equivalente a esse valor. As mercadorias precisam ser *determináveis* em espécie, já que, devendo o preço equivaler a elas, não acontecerá compra e venda se não houver determinação da mercadoria.¹⁰

ESPÉCIES DE COISAS

106. Das várias espécies de coisas – No contrato de compra e venda o vendedor se obriga a transferir o domínio da coisa ou mercadoria para o comprador. A obrigação assumida pelo vendedor pode recair sobre coisas *próprias* ou *alheias*, *certas* ou *incertas*, *corpóreas*, *incorpóreas* ou *incorporadas*, *coisas universais* ou *universalidades*. Essas são as várias espécies de coisas cujo domínio o vendedor empresário se obriga a transferir ao comprador, ao se aperfeiçoar o contrato.

a) *Coisas próprias ou alheias*

Visando o contrato de compra e venda a transferir o domínio da coisa, é de supor-se que aquele que assume essa obrigação seja o proprietário da mesma. Assim sendo, justifica-se a regra geral de que somente o proprietário pode transferir o domínio.

Entretanto, deve-se atentar que o contrato de compra e venda é *consensual* e não *real*. O vendedor assume a obrigação de transferir o domínio da coisa e, desde o momento em que firma o acordo de vontades com o comprador, o contrato está

9 Cf. Cunha Gonçalves, ob. cit., nº 28, pp. 112 e 113.

10 Cf. Cunha Gonçalves, ob. cit., nº 27, pp. 113 e segs.

feito, ainda que a coisa não seja entregue. Pela regra do art. 1.267 do Código Civil, “a propriedade das coisas (*móveis*) não se transfere pelos negócios antes da tradição”. Em tais condições, com o acordo das partes o contrato se torna obrigatório, mas, para que a transferência do domínio se opere, necessário é que haja a *tradição*. Ao firmar o contrato, portanto, o vendedor poderá vender coisa alheia, pois a tradição da coisa não é obrigatoriamente necessária nessa ocasião, *já que o contrato não é real*, criando para o vendedor apenas a *obrigação de transferir* o domínio da coisa. Adquirindo, posteriormente, a coisa cujo domínio se obrigou a transferir ao comprador, o vendedor cumpre sua obrigação, entregando-a no momento convencionado e, assim, *vendeu coisa alheia*, pois, na ocasião em que se obrigou, a coisa não era sua, mas realizou a obrigação, transferindo ao comprador o domínio da coisa que adquiriu mesmo depois de firmado o contrato. Esse fato não contraria o disposto no art. 1.268 do Código Civil, que dispõe que, “feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade”, pois esse artigo logo a seguir justifica a venda da coisa alheia, ao dispor que “mas, se o adquirente estiver de boa fé, e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se revalidada a transferência desde o momento do seu ato”.

Admite-se, assim, como válida, a venda da coisa alheia, desde que o vendedor, que assumiu a obrigação de transferir o domínio da coisa ao comprador, a adquira, tornando-se seu proprietário.

Naturalmente, os sistemas legislativos que consideram a compra e venda um contrato real não permitem a venda da coisa alheia.

O Código Civil francês, art. 1.599, declarou textualmente que “é nula a venda de coisa alheia”; deve-se, contudo, lembrar que esse Código, no art. 1.583, consagra o princípio de que o simples acordo das partes sobre a coisa e o preço transfere a *propriedade da coisa* do vendedor para o comprador.

O Código Civil italiano de 1942 admite a venda de coisa alheia declarando, no art. 1.478: “Se no momento do contrato a coisa vendida não era de propriedade do vendedor, este é obrigado a adquiri-la para o comprador.”

A lei brasileira, civil ou comercial, não possui um princípio específico sobre a venda de coisa alheia.

b) *Coisas atuais ou futuras*

Também podem ser elementos do contrato de compra e venda *coisas atuais* ou *coisas futuras*. *Coisas atuais* são aquelas que existem no momento em que é feito o contrato; *futuras* são as coisas que, não existindo quando se forma o contrato, poderão existir posteriormente, dependendo essa existência da ação do homem (*vendo uma dúzia de sapatos que fabricarei*) ou da ação da natureza (*vendo duas toneladas de algodão da safra que há de vir*). As coisas *atuais* são, em geral, coisas *certas*, em virtude de sua existência no momento em que se forma o contrato. As coisas *futuras* poderão ser *certas* (*venda de sapatos que fabricarei*) ou *incertas* (*venda da safra de café deste ano*, que pode existir, mas pode deixar de existir se, por exemplo, o cafezal for atingido pela geada).

As coisas futuras se distinguem em *coisas esperadas*, ou de existência *provável*, e *coisas possíveis*, ou *esperanças*, cuja existência figura apenas como *mera possibilidade*. Essa distinção vem desde o Direito Romano, em que divergia a coisa esperada, ou de existência provável (*rei speratae*), da coisa cuja existência era apenas uma esperança (*spei*), dependendo de mera possibilidade. No primeiro caso, o comprador paga o preço proporcionalmente ao que for obtido da coisa esperada (vendo uma colheita de feijão a tanto por saca; se na colheita obtendo apenas 20 sacas, só receberei o preço dessas sacas); no segundo, o comprador pagará o preço total ajustado, venha ou não a coisa a existir (vendo o lanço de uma rede de pesca por uma importância certa, se obtiver peixes no lanço, esses pertencerão ao comprador, qualquer que seja a sua quantidade; se, porém, nenhum peixe obtiver, o comprador é obrigado a pagar o preço ajustado, pois o contrato se baseou apenas numa possibilidade da colheita de peixes, não na certeza).

O art. 192 do Código Comercial de 1859 estatuiu a regra da venda de coisas incertas e futuras ao dispor que:

“Ainda que a compra e venda deva recair sobre coisa existente e certa, é lícito comprar coisa incerta, como por exemplo, lucros futuros.”¹¹

c) *Coisas corpóreas, incorpóreas e incorporadas*

Igualmente podem ser elementos dos contratos de compra e venda *coisas corpóreas, incorpóreas* ou *incorporadas*.

Coisas corpóreas são as que têm existência material, como, por exemplo, uma cadeira, uma mesa, um livro. *Incorpóreas* são as que não têm existência material, mas possuem valor econômico e são sujeitas à propriedade. *Incorporadas* são as coisas que, apesar de serem por essência *abstratas*, são representadas por um título ou documento, que atestam os direitos do proprietário.

As *coisas corpóreas* são geralmente designadas como *mercadorias* e, neste caso, se inclui a moeda. Podem as coisas corpóreas ser *fungíveis*, quando são capazes de ser substituídas por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade (100 quilos de café de 1ª qualidade, 10 arrobas de algodão, tipo 2), ou *infungíveis*, quando não podem ser substituídas por outras (o quadro *Mona Lisa*, de Leonardo da Vinci). Em geral, no comércio são vendidas em mais larga escala, as coisas *fungíveis*, mas podem ser vendidas, também, coisas *infungíveis*.

Como exemplo de coisas *incorpóreas* temos as patentes de invenção e as marcas de indústria e de comércio. E como coisas *incorporadas* temos os títulos de crédito, em que estão atestados direitos que existem abstratamente, direitos que poderão ser reclamados apenas dentro dos limites do que está escrito.

d) *Coisas universais ou universalidades*

Por último, podem constituir elementos dos contratos de compra e venda as *coisas universais* ou *universalidades*. Por coisas universais ou universalidades

11 O Projeto de Código Civil de 1975 se refere à venda de coisas futuras no art. 482.

entendem-se aquelas que, embora constando de coisas individuais, formam um só todo e como tal são encaradas. É o caso, por exemplo, de uma biblioteca, que, embora composta de livros, coisas individuais, tem a característica própria de um todo. Também podem ser elementos das universalidades, direitos e ações.

As universalidades podem ser *de direito*, quando as coisas se unem para formar um todo em virtude de dispositivo da lei (exemplo, a *massa falida*, conjunto dos bens e direitos pertencentes ao falido) ou *de fato*, quando são formadas pela vontade do seu proprietário (exemplo, uma frota de automóveis).

Na atividade empresarial é comum a venda do *estabelecimento*; e, na vigência do Código Civil de 2002, a doutrina passou a discutir se o estabelecimento é uma universalidade *de facto* ou de direito. A venda ou trespasse do estabelecimento acha-se regulada nos arts. 1.142 a 1.149 do Código Civil.

III – Preço

107. Do preço como elemento do contrato de compra e venda – O segundo elemento indispensável para a existência do contrato de compra e venda é o *preço*. Entende-se por *preço* a importância em dinheiro que o comprador se obriga a pagar ao vendedor em troca da propriedade da coisa vendida. Em princípio, o preço deve ser equivalente ao valor da coisa vendida; entretanto, pode, na prática, ser o preço superior ou inferior a esse valor, não invalidando tal fato o contrato, já que ele repousa não nessa equivalência, mas no acordo firmado pelas partes sobre a coisa e o preço.¹²

O preço, como dissemos, deve ser pago em *dinheiro*: esse o princípio contido no art. 481 do Código Civil e que distingue justamente a compra e venda da *troca*, contrato segundo o qual uma das partes se obriga a entregar à outra *uma coisa* mediante o recebimento de *outra coisa*. Não há, assim, na *troca* a contraprestação *em dinheiro*, como ocorre na compra e venda. São apenas coisas que se permutam, “servindo as coisas trocadas de preço e compensação”, no dizer do art. 221 do velho Código Comercial de 1850.

As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial (arts. 315 e 318).

Não sendo determinada a moeda em que o pagamento deve ser feito, entende-se ser a corrente no lugar onde o mesmo pagamento há de efetuar-se.

12 Segundo o disposto no art. 1^ª da Lei nº 6.463, de 09.11.1977, nas vendas à prestação de mercadorias de qualquer natureza é obrigatória a declaração do preço da venda à vista, além do número e valor das prestações mensais a serem pagas pelo comprador. A Lei nº 6.463 foi regulamentada pela Portaria nº 75, de 03.02.1978, do Ministério da Fazenda. A Portaria nº 203, de 10.04.1978, do Ministério da Fazenda, regulou a fiscalização do cumprimento das disposições da Lei nº 6.463.

O pagamento do preço deve ser concomitante à entrega da coisa, salvo estipulação em contrário, ou nos casos de venda a crédito (Código Civil, art. 491). E a coisa, em regra, deve ser entregue no lugar em que se encontrava ao firmar-se o contrato (Código Civil, art. 327). Segue-se que, na compra e venda em que não há estipulação expressa sobre o lugar do pagamento se altera o princípio geral de que o pagamento é devido no lugar do domicílio do devedor, segundo a regra do art. 327 do Código Civil.

108. Requisitos do preço – Vem do Direito antigo a norma de que o preço deve estar revestido de três requisitos: ser *certo*, no caso, determinado, *justo* ou equivalente ao valor da coisa comprada, e *real* ou verdadeiro, isto é, não fictício.

Esses requisitos têm sido, de certo modo, alterados, em virtude mesmo das modificações verificadas na compra e venda com o desenvolvimento do comércio. Assim, o preço pode ser não exclusivamente determinado, mas, também, *determinável*. O que na verdade, esse requisito quer hoje significar é que não deve haver contrato de compra e venda sem que um preço seja fixado ou as partes convençam um meio de determinar esse preço. Essa estimação poderá, mesmo ser confiada a terceiro, como dispõe o art. 485 do Código Civil. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar (Código Civil, art. 486). Mas, de qualquer modo, não pode haver contrato de compra e venda sem que o comprador saiba quanto deve pagar pela coisa ou se sujeita a pagar o que for devido. Se, por acaso, no contrato, verbal ou escrito, não se mencionarem o preço nem os critérios para a sua determinação, e se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio, segundo dispõe o art. 488 do Código Civil.

Por outro lado, o requisito de que o preço deve ser *justo* ou equivalente ao valor da coisa vendida também tem sido alterado, pois, muitas vezes, em circunstâncias especiais, o preço pode ser mais alto ou mais baixo do que o valor da coisa. A lei, na verdade, no intuito de defender os interesses da coletividade, considera como crime contra a economia popular vender mercadorias por preço mais alto do que o fixado pelo Poder Público ou mais baixo do que o valor do custo, sendo essa baixa feita para impedir a livre concorrência (Lei sobre a Economia Popular, nº 1.521, de 26.12.1951, arts. 2º, nº VI, e 3º, nº V). Mas a verdade é que, muitas vezes, licitamente, o preço pode deixar de ser equivalente ao valor da coisa, como, por exemplo, nas vendas públicas, em que a sua fixação se subordina aos lances feitos pelos licitantes. Também costumam os estabelecimentos empresariais, em situações especiais, como, por exemplo, quando querem liquidar o estoque de determinada mercadoria por mudança de estação, de ramo de negócio ou mesmo para renovação de estoque, vender ditas mercadorias por preço inferior ao seu valor, nas chamadas “liquidações” ou “queimas”. Tal processo é lícito e não fere o princípio geral de que o preço deve ser *justo*, isto é, equivalente ao valor da coisa vendida. Serve, entretanto, para mostrar que essa regra não é absoluta,

estando sujeita a derrogações por motivos especiais, sem que, por isso mesmo, se possa alegar que o contrato não é perfeitamente legal, apesar de dever ser o preço, em princípio, equivalente ao valor da coisa vendida, isto é, um preço *justo*.

Por último, o preço deve também ser *real*, quer dizer, verdadeiro, pois se for fictício não se terá uma compra e venda e sim simplesmente uma doação-dissimulada.

109. Fixação do preço – Em princípio, o preço deve ser livremente fixado pelas partes – daí a regra de que o contrato de compra e venda se torna perfeito e obrigatório quando vendedor e comprador acordam na coisa e no preço. Poderão, porém as partes convencionar que a fixação do preço caberá a terceiro (Código Civil, art. 485) e, nesse caso, ficam elas sujeitas ao que esse terceiro estimar. Incumbindo a fixação do preço a terceiro, vigorará esse a partir do momento da celebração do contrato, que é o momento em que as partes dão o seu mútuo consentimento.

O princípio geral da determinação do preço pelos contratos tem sido, entretanto, ultimamente derogado, incumbindo-se muitas vezes o Estado de fixar o preço e sendo, em virtude dessa injunção legal, as partes obrigadas a aceitá-lo. Baseia o Estado essa interferência em relações privadas no Direito que tem de defender os interesses da coletividade em questões de ordem pública ou de economia. Assim, em situações anormais, como em períodos de guerra ou de calamidade pública, o Estado não apenas determina os preços de certas mercadorias como, inclusive, impede que muitas delas sejam negociadas livremente, não permitindo, por exemplo, a exportação para o estrangeiro ou até para unidades diversas da Federação o mesmo acontecendo com a importação. Fixando o preço das mercadorias, o Estado visa, sobretudo, a evitar explorações de ordem econômica, explorações motivadas pela escassez ou raridade dos produtos de largo consumo. Mas a verdade é que essas medidas, que deveriam ser tomadas somente em casos excepcionais, estão, hoje, tornando-se normais, num atestado de que o Estado cada dia procura intervir, de maneira decisiva, no campo das relações contratuais entre indivíduos, antes operadas com grande liberdade.

XI

MODALIDADES DA COMPRA E VENDA MERCANTIL

110. Noções gerais - No contrato de compra e venda mercantil, nota-se com maior clareza o impacto de certas peculiaridades da atividade empresarial, na qual a celeridade, a oralidade, a informalidade, o princípio da autonomia da vontade, a boa-fé e o costume desempenham papel importante. Essas peculiaridades assumem especial relevo no tratamento das modalidades de compra e venda.

De acordo com a quantidade de mercadorias que são compradas ou vendidas ou a forma de pagamento do preço, a compra e venda poderá ser *em grosso* ou *a retalho*, *à vista* ou *a prazo*. Compra e venda *em grosso* é aquela em que o comprador ou o vendedor adquire a mercadoria em larga escala, em geral não negociando com pequenas quantidades. O comércio que realiza essa compra e venda é, por isso, conhecido como comércio *por atacado*, ou *grossista*, servindo essa denominação apenas para evidenciar o modo como são feitas as aquisições ou vendas.

Por outro lado, contrapondo-se ao comércio *atacadista*, ou *grossista*, há o comércio *a retalho*, ou a *varejo*, em que o empresário, mesmo adquirindo de uma só vez grande quantidade de mercadorias, as revende em pequenas parcelas, fazendo uma distribuição muito maior à sua freguesia. As vendas *a retalho* são mais disseminadas que as vendas *em grosso*, destinando-se, naquelas, as mercadorias diretamente ao consumidor.

Venda à vista ou *a dinheiro de contado* é aquela em que o comprador imediatamente faz o pagamento da coisa, em troca do seu recebimento. Hoje a lei admite que as vendas para recebimento do preço até 30 dias sejam consideradas como *vendas à vista* (Lei nº 5.474, de 18.07.1968, art. 1º). É esse um tipo de venda que traz muitas vantagens ao vendedor, pois este pode imediatamente dispor da importância relativa ao preço para empregá-la no seu negócio.

A prazo, ou a *crédito*, é a compra ou venda em que o pagamento do preço é diferido para uma data posterior, segundo o crédito que o comprador goza perante o vendedor. É um modo de venda bastante generalizado, facilitando grandemente o desenvolvimento dos negócios. As vendas a crédito poderão, ainda, sofrer variações. Assim, consistindo essas vendas no diferimento do recebimento do preço para uma data posterior ao contrato, podem, contudo, as partes convencionar seja o preço pago, não de uma só vez, mas, parceladamente, em períodos consecutivos,

isto é, *em prestações*. Fraciona-se, assim, o preço em várias prestações, facilitando o seu pagamento; o contrato, contudo, é considerado perfeito desde o momento em que as partes acordam na coisa, no preço e no modo de pagamento.

Por último, ainda pode ser convencionado entre as partes, nessas vendas a prestações, que o domínio da coisa vendida não se fará ao comprador a não ser com o pagamento da última prestação, apesar de ser a esse transferida a posse da coisa desde que o contrato é feito. Tem esse modo de venda a denominação de *venda com reserva de domínio*, sendo hoje bastante comum no comércio de máquinas ou objetos de utilidade doméstica.

111. Modalidades da compra e venda – Além dessas espécies de venda, há muitas modalidades que a lei reconhece e sobre as quais dispõe expressamente, regulando a maneira de serem efetuadas. Em regra, os contratos de compra e venda se realizam pela entrega da coisa pelo vendedor mediante o recebimento do preço do comprador: essa é a venda *pura e simples*, de execução e efeitos imediatos, não dependendo o seu aperfeiçoamento de nenhum fato ou ato que ocorra posteriormente. A própria lei, entretanto, admite modificações a esse modo comum de contratar, pois, ao estabelecer que a compra e venda, quando pura, só se torna perfeita e obrigatória quando as partes acordam no objeto e no preço (Código Civil, art. 482), já deixa implícito que a compra e venda pode ser condicional, o que é confirmado, por exemplo, no art. 509 do Código Civil, que trata da venda a contento.

Temos, assim, que, além dos contratos de compra e venda pura e simples, são admissíveis as vendas *condicionais*, que são as em que a perfeição ou os efeitos do contrato ficam a depender de um evento futuro, admitido pelas partes, que, ao trocarem o seu consentimento, estabeleceram que o contrato só será considerado realizado se tal evento incerto acontecer ou não. A justificação para a validade desses contratos é que a *condição* é admitida como elemento integrante de sua formação. Podendo a vontade ser livremente manifestada pelas partes, ambas acordam que essa só produzirá os efeitos desejados no caso de se verificar ou não o evento mencionado, passando, assim, a condição a integrar o consentimento.

Além das vendas *condicionais*, existem outras modalidades que podem ser livremente convencionadas pelas partes, subordinando a venda a formas ou modos especiais que não se enquadram nas vendas puras e simples nem nas condicionais. Tais modalidades são as chamadas *vendas a termo*, *vendas complexas* e *vendas públicas*. Sobre cada uma delas falaremos a seguir.

I – Compra e venda pura e simples

112. Vendas sob amostras, protótipos ou modelos – A compra e venda pura e simples é, como já ficou dito e facilmente se compreende, aquela que produz os seus efeitos naturais mediante a simples troca do consentimento, não tendo, assim, as partes subordinado aqueles a qualquer evento posterior.

Há, contudo, uma espécie de contrato que tem sido considerada como condicional, sendo, entretanto, uma compra e venda pura e simples; é o contrato de *venda sob amostras, protótipos ou modelos*, a que se refere o art. 484 do Código Civil.

Tem-se uma *venda sob amostras, protótipos ou modelos* quando o vendedor apresenta ao comprador *não a própria coisa*, mas apenas uma *amostra, um protótipo ou modelos* da mesma, assegurando que a coisa vendida terá todas as características daquela amostra. Segundo o Código Civil, se a venda se realiza à vista de amostras, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa vendida as qualidades por elas apresentadas: Prevalece a amostra, o protótipo ou o modelo, se houver contradição ou diferença com a maneira pela qual se descreveu a coisa no contrato (art. 484, parágrafo único).

Ora, o que caracteriza a *condição* é a superveniência ou não de um fato incerto e futuro. Assim, na condição há sempre duas hipóteses a fazer: ou o fato se realiza ou não se realiza. Subordinando-se a existência do contrato à *realização* do evento, aquele só se efetivará se realmente o evento acontecer; neste caso, a condição é chamada *suspensiva*, e a formação do contrato fica suspensa até que tal condição se verifique. Se, por acaso, o evento não ocorrer, o *contrato não se faz*, sendo considerados como inexistentes os atos anteriormente praticados.

Há, porém, casos em que o contrato se torna perfeito desde o momento em que as partes dão o consentimento, embora estabeleça que, se ocorrer certo evento futuro, o *contrato será considerado como desfeito*, voltando as partes à situação em que estavam antes de contratar. A essa condição acordada pelas partes dá-se o nome de *resolutiva*. Ocorrendo o evento *resolve* o contrato, extinguindo-se o direito que nascera com o acordo de vontades. Em contratos sujeitos à condição *suspensiva*, o vínculo geral não existe senão *depois* de verificada a condição; já nos contratos sujeitos à condição *resolutiva* o vínculo existe desde a celebração do acordo e só deixará de existir se se verificar a condição. Nesse momento desfaz-se o *acordo*, possuindo ainda, o fato efeito retroativo à formação do contrato, isto é, ficando sem valor os atos praticados desde que o contrato se formou até que a ocorrência da condição o extinguiu.

Na *venda sob amostras* não há nenhum fato futuro a cuja existência se subordinem as partes para que o contrato exista ou produza os seus efeitos naturais. Não há a subordinação do contrato a um acontecimento incerto e posterior. Na realidade, o contrato se faz com a simples troca do consentimento, assegurando o vendedor que entregará a coisa com as mesmas qualidades da amostra apresentada. Se, por acaso, o vendedor assim não fizer, o contrato não se desfaz; poderá o vendedor ser demandado pela entrega da coisa com os requisitos da amostra ou por perdas e danos em caso do não cumprimento do contrato (Código Civil, arts. 236, 247, 248, 389, 402, 405 e 475). O Código Civil de 1916 afirmava isso de maneira muito clara sob o título “Das Consequências da Inexecução das Obrigações”, no art. 1.056: “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.” Na *venda condicional* tal não se verifica. Subordinando as partes a existência ou manutenção do contrato a um evento futuro e incerto, uma condição, se essa não se operar o contrato *não se realiza* ou em caso de condição resolutiva, fica *resolvido*, voltando as partes ao estado em que se encontravam antes de contratar. Assim, se a condição é *suspensiva*, *não caberá* ao vendedor entregar a coisa nem ao comprador pagar

o preço, devendo esse ser restituído se foi pago. Se a condição é *resolutiva*, cabe ao vendedor restituir o preço e ao comprador devolver a coisa, considerando-se como inexistentes os atos praticados antes da ocorrência da condição.

Em tal situação, as compras e vendas *sob amostras*, que são aquelas em que da coisa vendida, a ser entregue posteriormente, é apresentada ao comprador apenas uma amostra, assegurando o vendedor que a coisa terá as mesmas qualidades dessa, são, *por natureza*, compras e vendas puras e simples, estando o contrato perfeito no momento de ser dado o consentimento das partes. Naturalmente, *se quiserem* poderão as partes convencionar que o contrato só se aperfeiçoará se a coisa a ser entregue coincidir com a amostra. Nesse caso, a venda toma caráter condicional e terá as consequências dos contratos assim convencionados. O velho Código Comercial de 1850, no art. 201, de certo modo, dava a entender que as vendas sob amostras são condicionais, por empregar a partícula *se* (“Art. 201. Sendo a venda feita à vista de amostras, ou designando-se no contrato qualidade de mercadoria conhecida nos usos do comércio, não é lícito ao comprador recusar o recebimento, se os gêneros corresponderem perfeitamente às amostras ou à qualidade designada; oferecendo-se dúvida, será decidida por árbitradores”). Mas uma análise mais acurada daquele artigo do Código Comercial de 1850 já levava à conclusão a que chegáramos, que, por sinal, era a mesma admitida por Carvalho de Mendonça.¹

II – Compras e vendas condicionais

113. Espécies de condições – Já vimos que *condição* é uma limitação a que os contratantes se subordinam, por ocasião da formação do contrato, para a sua realização ou manutenção. Poderão, assim, os contratantes subordinar a existência do contrato a um evento futuro ou admitir que o contrato será de nenhum efeito se um evento futuro ocorrer. No primeiro caso, a condição se chama *suspensiva* e, apesar de dado o consentimento do vendedor e do comprador sobre a coisa e o preço, o contrato só se realizará se tal condição ocorrer (Código Civil, art. 125). No segundo caso, o contrato fica perfeito e obrigatório desde que as partes se acordam na coisa e no preço, *podendo exercer-se desde a sua conclusão o direito por ele estabelecido. Sobrevindo a condição resolutiva*, deixará de existir, extinguindo-se, *para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a condição resolutiva a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé* (Código Civil, arts. 127 e 128).

As condições *suspensivas* deverão ser sempre expressas no contrato; as *resolutivas* poderão ser *expressas* ou *tácitas*; sendo *tácitas*, necessária será a interpelação judicial para que operem os seus efeitos (Código Civil, art. 474).

1 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 722.

113-A. Modalidades de compras e vendas condicionais – Naturalmente, inúmeras são as modalidades de compras e vendas condicionais e a lei não pode enumerá-las todas. Contudo, algumas espécies dessas vendas são bastante comuns no comércio, havendo sobre elas normas legais especiais. São modalidades mais comuns de vendas condicionais as *vendas a contento* e as *vendas sujeitas à prova*.

VENDAS A CONTENTO

114. Noção e espécies – Entende-se por *venda a contento* aquela em que as partes subordinam a perfeição do contrato à condição de receberem as mercadorias vendidas à aprovação do comprador. Nesta espécie se inclui, principalmente, a venda de gêneros que se costumam provar, medir, pesar ou experimentar, antes de aceitar. *A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado* (Código Civil, art. 509). *As obrigações do comprador; que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la* (Código Civil, art. 511). *Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável* (Código Civil, art. 512).

Entende-se por *venda sujeita a prova* aquela em que as partes subordinam a perfeição do contrato à condição de que a mercadoria comprada tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina. A venda sujeita a prova também se presume feita sob condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina (Código Civil, art. 510). *As obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la* (Código Civil, art. 511). *Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável* (Código Civil, art. 512). A distinção entre venda a contento e venda sujeita a prova é sutil e de nenhum efeito prático.

O Código Comercial de 1850 referia-se às vendas a contento, ao estipular, no art. 207, que corriam por conta do vendedor os danos que a coisa vendida sofresse antes da entrega, “quando, por condição expressa no contrato, ou por uso praticado no comércio, o comprador tem direito de a *examinar* e declarar se se contenta com ela, ainda que a venda seja tida por perfeita e irrevogável”. E mais: segundo o Código Comercial de 1850, corriam a cargo do vendedor os danos que a coisa sofresse antes da sua entrega, “sendo os efeitos (*mercadorias*) da natureza daqueles que se devem contar, pesar, medir ou gostar, enquanto não forem contados, pesados, medidos, ou provados; em tais compras a tradição real supre a falta de contagem, peso, medida ou sabor”.

Em face do exposto, podemos, seguindo as enunciações do Código Civil e do velho Código Comercial, distinguir as vendas a contento em vendas sob a con-

dição de *prova, medida, peso, contagem, experimentação e exame*. Vejamos as características de cada uma delas.

a) Vendas sob a condição de prova ou degustação

O art. 207, nº 2, do Código Comercial de 1850 e o art. 1.144, parágrafo único, do Código Civil de 1916 se referiam a vendas sob a condição de prova ou degustação. O Código Civil de 2002 mantém a tradição ao dispor, no art. 509, que a venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado. São essas as vendas em que o comprador se reserva o direito de provar as mercadorias, só depois de declarar que se contenta com essa prova ficando o contrato perfeito. Há, assim, uma condição *suspensiva* que necessita ser cumprida para que o contrato se complete. O acordo de vontades foi manifestado sob essa condição e nenhuma das partes pode arrepender-se antes de verificada a condição. Se, porém, provando ou degustando a mercadoria, o comprador não se satisfizer com a sua qualidade, o contrato *não se faz*, voltando as partes à situação anterior em que se encontravam antes.

Não se refere a lei brasileira a quais mercadorias podem ser vendidas sob a condição de prova ou degustação. O Código Civil francês dispõe, no art. 1.587, que “a respeito do vinho, do azeite e de outras coisas que se usa provar antes de fazer a compra, não há venda enquanto o comprador não os provou e aprovou”. O Código Civil italiano também se refere à venda sob a condição suspensiva da prova esclarecendo que essa tem por finalidade verificar “se a coisa tem a qualidade combinada ou é idônea para o uso a que se destina”. Segundo o art. 207, nº 3, do Código Comercial brasileiro de 1850, nas vendas sob a condição de prova, ficavam a cargo do vendedor os danos que a coisa sofresse antes da sua entrega. A tradição real, entretanto, supria a falta de prova ou degustação.

b) Vendas sob a condição de peso, medida e contagem

Também são condicionadas as vendas de mercadorias sujeitas à pesagem, medida e contagem. Em tais casos, necessário será que as mercadorias sejam pesadas, medidas ou contadas para que o contrato possa se completar. Fácil será verificar quais as vendas que podem ficar sujeitas a essa condição: basta atentar para a natureza das mercadorias para se saber se a condição de pesagem, medida ou contagem é possível no contrato. Assim, se compro duas toneladas de algodão em pluma, 500 metros de fazenda ou dois milheiros de tijolos, o contrato é feito com a condição de pesar o algodão as duas toneladas convencionadas, a fazenda medir 500 metros e os tijolos serem realmente 2 mil. Não conferindo peso, medida ou contagem, o contrato não se completa.

O Código Comercial, no art. 207, nº 3, dispunha que o risco das coisas vendidas sob a condição de pesagem, medição e contagem ficava a *cargo do vendedor antes de serem as coisas pesadas, medidas e contadas*. Acontece, entretanto, que essas mesmas mercadorias podem ser vendidas *sem a condição* de serem pesadas, medidas ou contadas: por exemplo, compro o algodão em pluma que se encontra

em uma sala, a fazenda que se encontra em uma prateleira ou os tijolos de uma caieira. Em tal caso, a venda tem o nome de *venda a esmo* ou por *partida inteira* (venda a que os romanos davam o nome de *per aversionem*) e, apesar da natureza das mercadorias, já não se trata de uma venda condicional, mas pura e simples. Os riscos das coisas, nessa hipótese, ficam a cargo do comprador, ainda que as mesmas não tenham sido pesadas, medidas ou contadas, pois o contrato ficou aperfeiçoado com o simples acordo de vontades sobre a coisa e o preço. A propósito, o Código Comercial de 1850 previa essa solução no art. 208.

c) Vendas sob a condição de experimentação ou ensaio

O Código Civil de 1916, no parágrafo único do art. 1.144, explicitava, como espécie de venda a contento, a da coisa sujeita à experimentação ou ensaio; o Código Civil de 2002 não traz essa explicitação. Tem-se essa modalidade de venda quando as partes convencionam que o contrato *só se completará* depois que a coisa for experimentada, e o adquirente manifestar o seu agrado, declarando o comprador que se contenta com ela. É o que se dá, por exemplo, com as vendas de roupas feitas, que ficam sujeitas à condição de servirem ao comprador, que as experimentará. É, também, o caso das vendas de aparelhos de rádios e mais objetos ou utensílios para uso doméstico, em que ao comprador é dado um prazo para experimentar (*prazo de experiência*), só se completando o contrato se o comprador se satisfizer com a experimentação.

Nessa modalidade de venda podem ocorrer três hipóteses: a) ocorre a fixação de um prazo para que o comprador manifeste a sua satisfação e ele a manifesta nesse prazo; b) ocorre a fixação de um prazo para que o comprador manifeste a sua satisfação e ele não a manifesta nesse prazo; c) inócorre a fixação de um prazo para que o comprador manifeste a sua satisfação.

Examinem-se separadamente as três hipóteses acima enunciadas e as suas consequências:

a) ocorre a fixação de um prazo para que o comprador manifeste a sua satisfação e ele a manifesta nesse prazo; nesta hipótese, satisfeita a condição suspensiva, a venda se considera perfeita e definitiva;

b) ocorre a fixação de um prazo para que o comprador manifeste a sua satisfação e ele não a manifesta nesse prazo; o Código Civil de 2002 não apresenta a solução ao tratar da *Venda a Contento e da Sujeita a Prova* (arts. 509 a 512); o Código Civil de 1916 dispunha o seguinte no art. 1.146: "Se o comprador não fizer declaração alguma dentro no prazo, reputar-se-á perfeita a venda, quer seja suspensiva a condição, quer resolutiva; havendo-se, no primeiro caso, o pagamento do preço como expressão de que aceita a coisa vendida." Inexistindo dispositivo idêntico no Código Civil de 2002, duas soluções não excludentes se insinuam: a) aplicar-se-á, por analogia, o disposto no art. 432: Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa; b) aplicar-se-á, supletiva e parcialmente, o art. 512: o vendedor terá direito de intimar o comprador, judicial ou extrajudicialmente, para que se manifeste em prazo improrrogável.

c) inoocorre a fixação de um prazo para que o comprador manifeste a sua satisfação; aplica-se o disposto no art. 512: *Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável.*

Observações quanto ao risco nessas diferentes modalidades de venda a contento (vendas sob a condição de prova ou degustação; vendas sob a condição de peso, medida e contagem; e vendas sob a condição de experimentação ou ensaio)

Regra geral, a propriedade da mercadoria ou da coisa só se adquire com a tradição (Código Civil, art. 1.226); e “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador (Código Civil, art. 492, *caput*).

Nas vendas *sob a condição de prova ou degustação e sob a condição de experimentação ou ensaio*, apesar de receber a coisa e ficar na sua posse durante certo espaço de tempo, os riscos não passam para o comprador. É que a entrega da coisa ao comprador sob essas condições é feita para que esse a possa experimentar a fim de declarar, posteriormente, se a aceita ou não. Como já mencionado, o contrato *só se completará* depois que a coisa for experimentada, e o adquirente manifestar o seu agrado, declarando o comprador que se contenta com ela (Código Civil, art. 509).

Nas vendas *sob a condição de peso, medida e contagem*, como já mencionado, necessário será que as mercadorias sejam pesadas, medidas ou contadas para que o contrato possa se completar. “Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste. Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados” (Código Civil, §§ 1º e 2º do art. 492). Como se percebe, o Código Civil de 2002, mantendo a tradição dos revogados artigos 206 e 207, nº 3, do Código Comercial de 1850, estabelece uma distinção importante, tomando como referencial a entrega da coisa: correm por conta do vendedor os danos que a coisa sofrer antes da entrega da coisa; e correm por conta do comprador os danos sofridos após a sua entrega. Eis os textos dos revogados arts. 206 e 207 do Código Comercial:

“Art. 206. Logo que a venda é de todo perfeita, e o vendedor põe a coisa vendida à disposição do comprador, são por conta deste todos os riscos dos efeitos vendidos, e as despesas que se fizerem com a sua conservação, salvo se ocorrerem por fraude ou negligência culpável do vendedor, ou por vício intrínseco da coisa vendida; e tanto em um como em outro caso, o vendedor responde ao comprador pela restituição do preço com os juros legais, e indenização dos danos.

Art. 207. Correm porém, a cargo do vendedor os danos que a coisa vendida sofrer antes da sua entrega (...);

3. sendo os efeitos da natureza que se devem contar, pesar medir ou gostar, enquanto não forem contados, pesados, medidos ou provados; em tais compras a tradição real supre a falta de contagem, peso, medida ou sabor.”

d) *Vendas sob a condição de exame*

Também se considera venda a contento a da coisa que necessite ser examinada pelo comprador para que ele declare se a aceita ou não. Essa espécie de condição necessita constar expressamente do contrato. O Código Comercial de 1850 referia-se expressamente à venda sob a condição de exame no nº 2 do art. 207:

“Art. 207. Correm, porém, a cargo do vendedor os danos que a coisa vendida sofrer antes da sua entrega: (...);

2 – quando, por condição expressa no contrato, ou por uso praticado em comércio, o comprador tem direito de a examinar, e declarar se contenta com ela, antes que a venda seja tida por perfeita e irrevogável.”

Esse é o caso, por exemplo, de vendas de máquinas que se encontram em lugar diverso daquele em que se faz o contrato, ou de animais que necessitam ser examinados para que o comprador diga se se contenta ou não com eles. O Código Comercial espanhol refere-se detalhadamente a essa espécie de venda quando diz, no art. 328:

“Nas compras de gênero que não se tenham à vista nem possam classificar-se por uma qualidade determinada e conhecida no comércio, entende-se que o comprador se reserva a faculdade de examiná-los e de rescindir livremente o contrato se os gêneros não lhe convierem.”

OUTRAS ESPÉCIES DE VENDAS CONDICIONAIS

115. Vendas de mercadorias em trânsito – Uma outra espécie de venda condicional, bastante usada no comércio, é a que se faz de mercadorias que se encontram em trânsito, despachadas que foram para um lugar certo, mas que ainda não chegaram ao seu destino. Em tal caso, o comprador contrata com o vendedor comprar-lhe a mercadoria, sob a condição dessa chegar no porto convenicionado até uma data designada. Se, entretanto, por qualquer motivo, a mercadoria não chegar no prazo estabelecido, tem-se o contrato como desfeito, não competindo ao comprador pagar o preço nem ao vendedor entregar a coisa.

A condição existente no contrato é a da *chegada da mercadoria no prazo estipulado*. É, assim, uma condição *suspensiva*, que impede a perfeição do contrato até a sua ocorrência. Se o prazo estabelecido se esgotar sem que a mercadoria chegue, o contrato *não será feito*, voltando as partes à situação anterior.

116. Retrovenda e pacto comissório – Alguns autores² são de opinião de que a *retrovenda* pode ser convenicionada nas compras e vendas comerciais, por não existir princípio legal proibindo-a. Seriam, nesse caso, vendas condicionais, servindo o pacto de retrovenda de condição para a perfeição do contrato.

Retrovenda é o pacto celebrado pelas partes, segundo o qual aquele que vende a coisa se reserva o direito de recebê-la, dentro de certo prazo, restituindo ao comprador o preço e mais as despesas feitas por este, segundo o conceito do

2 Cunha Gonçalves, ob. cit., pp. 293 e segs.

art. 505 do Código Civil. O prazo decadencial para ser a coisa reavida é de três anos (Código Civil, art. 505); findo esse, sem que o vendedor use o direito reservado, a venda se torna irrevogável.

O pacto de retrovenda é empregado em vendas de imóveis e a lei assim estabelece, ao dizer que “O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias” (Código Civil, art. 505). Trata-se, assim, de uma condição especial permitida nas vendas de *imóveis*, pois, ao mencionar esses bens, excluiu a lei os bens móveis.³ Como se sabe, as vendas comerciais se operam, principalmente, com mercadorias.

Também se tem mencionado⁴ “o *pacto comissório* como uma das formas especiais de venda condicional. Na realidade, como acentua Clóvis Beviláqua,⁵ “o pacto comissório não é mais do que uma cláusula resolutiva que se subentende em todo contrato bilateral”. Consiste esse pacto no fato de convencionarem vendedor e comprador, numa compra a crédito, que se até determinando dia o preço não for pago, fica o vendedor com o direito de desfazer o contrato ou demandar o preço.

Trata-se, como se vê, de uma venda sob condição *resolutiva*; a venda será perfeita se, no prazo determinado, o comprador pagar o preço.

III – Vendas a termo

117. Noção – O contrato de compra e venda, como se sabe, tem duas fases oriundas do princípio de que a compra e venda é um contrato em que o vendedor se obriga a transferir o domínio da coisa mediante o pagamento de um preço certo. Assim, sendo, a primeira fase é a do aperfeiçoamento ou da conclusão do contrato: este se aperfeiçoa no momento em que comprador e vendedor se põem em acordo sobre a coisa e o preço. Sendo consensual, o simples acordo de vontades firma o contrato; mas, com o seu aperfeiçoamento nascem para o vendedor e o comprador as *obrigações de transferir o domínio da coisa e pagar o preço*.

O cumprimento dessas obrigações, que constitui a parte executória do contrato, ou a sua segunda fase, pode ser feito *por ocasião da conclusão do contrato* – nesse caso teremos uma venda de execução imediata – *ou* pode ser feito *posteriormente*, na forma convencionada pelas partes. Se assim for, o contrato fica perfeito e obrigatório, surtindo todos os seus efeitos, só sendo, porém, executadas as obrigações decorrentes dele – obrigação do vendedor de entregar a coisa e do comprador de pagar o preço, as duas obrigações, conjuntamente, ou apenas

3 O Proj. de Código de Obrigações de 1965 admitiu a retrovenda para coisas móveis (art. 380). O Projeto do Código Civil de 1975 refere-se apenas à retrovenda de imóveis (art. 503).

4 Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, pp. 297 e segs.

5 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.163.

uma delas – em uma época futura e determinada. Tais vendas têm a denominação de *vendas a termo*. Pode, portanto, o termo se referir apenas à *entrega da coisa*, ao *pagamento do preço* ou às *duas obrigações*. As vendas em que apenas o pagamento do preço é adiado para época posterior têm o nome de *vendas a crédito ou a prazo*; as em que o preço é logo pago, ficando a coisa para entrega posterior, são vendas *com pagamento adiantado*. Ambas, entretanto, em última análise, não deixam de ser *vendas a termo*. Mas quando se fala em *venda a termo* entende-se comumente uma venda que está perfeita e obrigatória, desde a troca dos consentimentos, na qual o vendedor convencionou com o comprador que a entrega da coisa e o pagamento do preço serão feitos posteriormente, donde ser a venda a termo uma venda *a prazo determinado para a entrega da coisa* e pagamento do preço.

118. Espécies de vendas a termo – As vendas a termo são muito usuais no comércio, principalmente em operações que envolvem avultada soma de dinheiro ou grande quantidade de mercadorias. Muitas vezes, nem o comprador dispõe, no momento do contrato, de dinheiro suficiente para fazer face à compra nem o vendedor possui a quantidade de mercadorias necessárias para entregar ao comprador. No entanto, apresentando-se o contrato vantajoso para as partes, decidem elas logo realizá-lo, ficando o comprador com a obrigação de pagar no prazo convencionado e o vendedor com a obrigação de adquirir a mercadoria vendida para ser entregue ao comprador na época fixada.

O termo pode ser *suspensivo* ou *inicial* ou *extintivo* ou *final*. Será *suspensivo* o termo quando as partes determinem o momento em que as obrigações decorrentes do contrato devem ser executadas. Se, pelo contrário, fixarem as partes, no contrato, a época a partir da qual cessarão os seus efeitos, o termo será *extintivo*.

Mais comuns são, no comércio, as vendas a termo *suspensivo*. O comprador contrata com o vendedor adquirir-lhe uma partida de mercadorias, por preço fixado, para a entrega e o pagamento no prazo de 90 dias. O contrato fica, assim, perfeito mas a sua execução, que se dará com o pagamento do preço e a entrega das mercadorias, só terá lugar decorridos os 90 dias. Enquanto isso, o comprador agirá como o proprietário das mercadorias, podendo, inclusive, revendê-las.

A característica dessa modalidade de venda é que tanto o vendedor como o comprador não se sujeitam à variação do preço do período da conclusão do contrato ao da entrega da coisa. Se o vendedor vende por um preço e, nesse meio tempo, a mercadoria, que ele tem de adquirir para entregar ao comprador, baixa de preço, naturalmente aquele vendedor lucrará com a diferença, pois vendeu por um preço mais alto e comprou para entregar por um mais baixo. Se, entretanto, o vendedor vende por um preço e há uma alta na mercadoria que deve ser entregue, o comprador lucrará com essa diferença, pois comprou a mercadoria por um preço baixo e vai recebê-la quando ela vale mais.

Como se vê, essas modalidades de venda podem trazer, tanto para o comprador como para o vendedor, grandes lucros ou grandes prejuízos, dependendo da alta ou baixa dos produtos vendidos. Por isso, tais modalidades são empregadas mais entre empresários de grandes recursos.

Como espécies mais comuns dessa modalidade de vendas a termo, temos as *vendas de mercadorias*, as *vendas de títulos nas Bolsas* e o *reporte*. Em geral, essas são espécies de vendas realizadas nas Bolsas, tendo, por tal razão, a denominação de “operações de Bolsas”.

a) Vendas a termo de mercadorias

As vendas a termo de mercadorias pressupõem a inexistência das mercadorias, por parte do vendedor, na ocasião de ser firmado o contrato. Este, uma vez fixado o termo, procurará obter as mercadorias como melhor lhe convier para a entrega na época aprazada, esteja então o preço das mercadorias por mais ou por menos daquele por que foram vendidas.

Tais vendas são realizadas nas Bolsas de Mercadorias & Futuros. Essas Bolsas têm autonomia administrativa, financeira e patrimonial e operam sob a supervisão e a fiscalização do Banco Central do Brasil, de acordo com regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional. A Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F) de São Paulo é hoje a mais importante do Brasil.

Merecem especial consideração, no estudo das Bolsas de Mercadorias & Futuros, a Lei nº 4.595, de 31.12.1964 (dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências), a Lei nº 4.728, de 14.07.1965 (disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento) e a Lei nº 10.214, de 27.03.2001 (dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, e dá outras providências).

Uma particularidade que existe nas vendas a termo das mercadorias nas Bolsas é que, no momento da liquidação dos contratos, ou seja, na sua fase executória, poderão as partes ou receber efetivamente as mercadorias e pagar o preço ou se quiserem, apenas pagar a diferença existente entre o preço do momento em que foi firmado o contrato e o da liquidação, no caso o momento em que o contrato deveria ser executado com a entrega real das mercadorias.

b) Vendas de títulos nas Bolsas

Uma outra espécie de venda a termo se pode verificar na venda de títulos nas Bolsas. Essas vendas, muito comuns, são regulamentadas por leis especiais. Por muito tempo vigoraram, a respeito, o Decreto nº 2.475, de 13.03.1897, que aprovou o regulamento dos corretores de fundos públicos, da praça da Capital Federal e o Dec.-Lei nº 1.344, de 13.06.1939, que modificou a legislação sobre a Bolsa de Valores. A Lei nº 4.728, de 14.07.1965, que disciplinou o mercado de capitais, estabeleceu normas sobre esse mercado e deu poderes ao Banco Central do Brasil para fiscalizar o funcionamento das Bolsas de Valores. Através de resoluções sucessivas, o Banco Central regulamentou as atividades das sociedades corretoras, não mais permitindo que, individualmente, haja intermediários entre o comprador de títulos e a Bolsa; hoje a regulamentação cabe à Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 07.12.1976). Desapareceu, assim, a classe dos corretores de

fundos públicos, substituídos pelas sociedades corretoras ou por firmas individuais registradas na Comissão de Valores Mobiliários e autorizadas a fazer a intermediação (Lei nº 6.385, de 07.12.1976, art. 19).

São títulos negociáveis nas Bolsas os referentes a empréstimos federais, estaduais e municipais, os valores mobiliários (ações, debêntures etc.), bem como os títulos estrangeiros que sejam suscetíveis de cotação. As vendas a termo poderão ser de três espécies:

1 – As vendas chamadas *firmes*, isto é, aquelas em que, findo o prazo estipulado pelas partes, o vendedor fica obrigado a entregar ao portador os títulos vendidos, pelo preço convencionado sendo esse obrigado a receber os títulos e a pagar o preço. Poderão, contudo, as partes estabelecer que, em vez da entrega efetiva dos títulos e concomitante pagamento do preço, a liquidação seja dada pelo pagamento da simples diferença entre a cotação da data do contrato e a do dia da liquidação ou execução, excetuando-se, porém, desse modo de liquidação as operações que versarem sobre letras de câmbio e valores metálicos, que em qualquer hipótese, só poderão ser liquidadas mediante a entrega efetiva dos títulos e dos valores metálicos (Dec. nº 2.475, de 13.03.1897, art. 94).

2 – As vendas a *prêmio* ou *por opção*, isto é, aquelas em que o comprador, contratando com o vendedor a aquisição de títulos por um preço certo, se reserva o direito de, no prazo fixado para a liquidação ou execução do contrato, em vez de manter o contrato, desfazê-lo mediante o pagamento de uma quantia, ou prêmio previamente combinado (Dec.-Lei nº 2.475, de 13.03.1897, arts. 103 a 105). Em tal hipótese, o comprador tem a vantagem de, havendo baixado de cotação os títulos contratados, não sofrer grandes prejuízos, perdendo apenas o prêmio, que serve de indenização pela rescisão do contrato. Ao vendedor igualmente fica assegurado um lucro certo, pois, havendo desistência por parte do comprador, aquele receberá o prêmio ajustado no momento em que o contrato se aperfeiçoou.

3 – Finalmente, há nas vendas a termo de títulos uma terceira modalidade, denominada *venda com reporte*, ou seja, aquela em que as partes convencionam, no momento da liquidação de uma venda, transferi-la para um outro prazo. Essa transferência será feita mediante o pagamento da diferença de cotação do dia do contrato e a do dia da liquidação, assegurando-se, assim, às partes o prolongamento da operação inicial com a constituição do novo prazo para a liquidação.

Essa espécie de venda não se confunde com a operação chamada simplesmente de *reporte*, que é uma das modalidades de vendas a termo com características próprias, conforme veremos a seguir.

c) *Reporte*

Entende-se por *reporte* a operação segundo a qual uma pessoa compra, mediante pagamento à vista, certa quantidade de títulos e, no mesmo momento, vende, por preço determinado, à mesma pessoa a quem comprou os títulos, certa quantidade de títulos da mesma espécie, para entregar em data futura. Há, assim, no *reporte* duas compras e duas vendas simultâneas, às mesmas pessoas, sendo uma compra e

venda à vista e uma outra a termo, isto é, para entrega dos títulos e pagamento do preço em época futura.

Essa complicada operação é muito usada nas Bolsas e tem várias finalidades. Uma delas, por exemplo: ter uma pessoa interesse em manter certa posição em uma sociedade anônima, cuja assembleia geral vai realizar-se em breve. A fim de tomar parte nessa assembleia adquire ações da sociedade, pagando-as na aquisição; ao mesmo tempo em que adquire, porém, as ações, convencionam com o seu vendedor vender-lhe certo número de ações da mesma espécie, entregando-as, porém, em data futura e por preço já combinado. Enquanto está de posse dos títulos o comprador exercita todos os direitos de acionista, inclusive deliberando na assembleia geral visada; uma vez passada essa, já os títulos não lhe interessam, podendo, assim desfazer-se deles pelo preço combinado.

Convém, contudo, frisar que, no *reporte*, o comprador à vista não se obriga, vendendo a termo, a entregar *os mesmos títulos comprados*. O contrato deve versar sobre títulos *da mesma espécie* dos adquiridos à vista, podendo, pois, ser outros que não os adquiridos.

Sobre o *reporte* dispunham os arts. 106 a 109 do Decreto nº 2.475, de 13.03.1897.

IV – Vendas complexas

119. Noção – Mais uma modalidade de que se pode revestir o contrato de compra e venda empresarial é a que Cunha Gonçalves denomina de *venda complexa*.⁶ Caracterizam-se essas vendas pelo fato de, constituindo um contrato inicial, na fase de execução se desdobrar esse contrato em vários outros, dependentes, entretanto, daquele que lhe deu origem. Pelo seu mecanismo especial, as vendas complexas têm sido, pelos escritores, classificadas de modos diversos. Para uns, na realidade constituem um contrato *sui generis*; para outros, podem ser, de acordo com o objeto específico de cada contrato, uma locação de coisas ou uma prestação de serviços. O fato é que, como denominador comum, existem nas diversas espécies das vendas complexas as características de contratos comerciais, sendo, assim, ocioso procurar a natureza jurídica de cada um desses contratos. Por tal razão Cunha Gonçalves denomina essa modalidade de vendas complexas, denominação que, pela sua amplitude aceitamos.

120. Características das vendas complexas – Caracterizam-se esses contratos pelo fato de convencionarem as partes uma negociação, sendo a fase executiva do contrato desdobrada em várias operações parciais, todas autônomas quanto à prestação, mas dependentes do consentimento inicial. Podem as vendas complexas tomar várias formas, variando de contrato para contrato. Em cada uma delas, contudo, haverá um acordo de vontades sobre coisa e preço dando origem às prestações parciais em que as vendas se desdobram.

6 Cunha Gonçalves. ob. cit., pp. 347 e segs.

As espécies mais comuns de vendas complexas são os contratos de fornecimento e os de assinaturas.

121. Contrato de fornecimento – Entende-se por *contrato de fornecimento* aquele em que as duas partes acordam no fornecimento, pelo vendedor, de certas mercadorias, para entregar em um prazo determinado, ou não, por um preço que pode ser fixado antecipadamente para todas as entregas parciais ou que pode ser ajustado em cada uma dessas entregas. Esse contrato é muito comum em obras de grande vulto ou para venda de material a órgãos públicos, da União, dos Estados e dos Municípios. Neste último caso costuma-se, e, em casos especificados a lei obriga, fazer *concorrência* ou *licitação*, para os fornecimentos. Por *concorrência* compreende-se o modo especial de contratar o Estado com os particulares, consistindo numa declaração do Estado de que necessita adquirir certo material, devidamente especificado, esperando que as pessoas interessadas em tais vendas ofereçam os preços por que podem vender as mercadorias. Essas ofertas de preços são denominadas *propostas*, que em geral são apresentadas de modo sigilar por cada uma das pessoas ou empresas que disputam o negócio. O Estado comumente fará a aquisição àquele que oferecer preço mais baixo; quase sempre, porém, se reserva o Estado o direito de recusar propostas que tenham preços mais baixos, mas cuja mercadoria, em vista de razões especiais, não satisfaça aos interesses do adquirente.

Esses contratos de fornecimento não se fazem, porém apenas com os poderes públicos, através dos seus órgãos; podem ser feitos, e são mesmo bastante comuns, entre empresário ou entre empresários e particulares. No primeiro caso está por exemplo, o fornecimento que uma determinada fábrica faz, dos seus produtos, a empresários revendedores; no segundo estão os casos, muito comuns, de fornecimento de gás, energia elétrica, água etc. Em todos eles há, inicialmente, um contrato segundo o qual o vendedor, que também se chama *fornecedor*, se obriga a entregar ao comprador, algumas vezes chamado *consumidor*, uma quantidade, determinada ou indeterminada, de mercadorias, mediante o pagamento de um preço, que pode ser fixado ou deixado a fixar-se em cada entrega da coisa. Deve-se considerar, entretanto, que o preço, mesmo fixado inicialmente, será pago proporcionalmente à quantidade das mercadorias entregues. Assim, se um empresário se obriga a fornecer a um construtor o cimento necessário à construção de um edifício, pelo preço de R\$ 600,00 a saca de 60 quilos, esse preço perdurará durante a vigência do contrato; o pagamento, contudo, será sempre proporcional à quantidade de cada uma das entregas, só sendo devido o preço da mercadoria realmente entregue. Nos contratos de fornecimento contínuo, como os de energia elétrica, gás ou água, estabelece-se, comumente, o pagamento por períodos certos, em regra de mês a mês. Findo esse período, faz-se a contagem da mercadoria fornecida, que é paga de acordo com o preço estabelecido. Pode nesses contratos de fornecimento contínuo ser convencionado um preço único, por período certo de tempo, independente da quantidade da mercadoria consumida. Assim, por exemplo, é possível, se bem que raro, estabelecer-se que o consumidor pagará a energia elétrica por preço fixo

de lâmpada, por unidade obrigando a pagar a importância X. Em tal hipótese não interessa ao contrato o fato de haver o consumidor gasto pouca ou muita energia; ainda mesmo que não gaste nenhuma energia, deve ser pago o preço estipulado, o que dá ao contrato, nesse caso, um aspecto de locação da coisa e não de compra e venda. Apenas aparentemente, entretanto, pode assim parecer, pois, na verdade, o que é pago não é o aluguel da lâmpada, mas sim a energia que a lâmpada consumiu ou poderia ter consumido. O contrato, como se vê, tem um aspecto aleatório, o que, contudo, não contraria a natureza de compra e venda, já que esse contrato, se bem que comumente seja *comutativo*, às vezes pode tornar-se *aleatório* como no caso de venda de coisas futuras.

O contrato de fornecimento é bastante comum na vida moderna, tomando, em alguns casos, a forma de contrato de adesão, em que cláusulas especiais são impostas ao comprador, que não as pode discutir, cabendo-lhe apenas aceitá-las ou não. Alguns autores, dado o desenvolvimento dessa modalidade de compra e venda, chegam a dar às vendas complexas a denominação de *contratos de fornecimento*, o que não é exato, pois esses últimos são apenas uma das espécies de tais vendas, outras existindo que têm características próprias, delas divergindo.

122. Contrato de assinatura – Uma outra modalidade que se enquadra nas vendas complexas é o contrato de assinaturas, quer de obras literárias quer de jornais e revistas. Em tal contrato, uma das partes, o vendedor, se obriga a entregar à outra, que em geral tem o nome de *assinante*, um número determinado ou indeterminado de exemplares de livros, folhetos, jornais ou revistas, por um preço que pode ser fixado antecipadamente ou por exemplar a ser entregue.

Em geral, os vendedores, no caso os editores, são empresários. São produtores que fabricam as suas mercadorias para serem vendidas com intuito de lucro.

Nos contratos de assinaturas de jornais e revistas, em regra, são fixados períodos para a fixação dos preços: um mês, um trimestre, um semestre, um ano. Durante esses períodos vigora o contrato, em todos os seus termos, podendo ser constantemente renovados os períodos. As assinaturas de folhetos, livros e revistas em geral são feitas por *coleções*. Os preços poderão ser fixados englobadamente ou convencionada a sua fixação em cada entrega. Nesse caso pode, ainda, variar o preço de volume para volume. Tudo depende da maneira como foi feito o contrato original, que é o que dá a orientação geral desses contratos parciais.

V – Vendas públicas

123. Noção – Uma última modalidade que podem tomar os contratos de compra e venda são as chamadas *vendas públicas*. Entende-se por *venda pública* aquela em que é admitida a interferência de várias pessoas para a perfeição do contrato, figurando essas pessoas como pretendentes a assumir nele a posição de comprador. Para que assim aconteça, essas vendas devem ser anunciadas com antecedência. Caracterizam-se elas pela disputa que se faz entre os que desejam ser compradores, cada um oferecendo preços, e pela condição suspensiva em que são aceitos esses preços, estabelecendo-se que tais ofertas só se tornarão definitivas se

não houver melhor oferta posterior. O último ofertante é o comprador, e, desde que sua oferta seja aceita, o contrato é considerado perfeito. Os ofertantes, durante o processamento desse contrato, ficam desobrigados sempre que uma oferta maior é feita sobre a sua.

As vendas públicas são feitas, em geral, em *leilões* ou *hastas públicas*, por intermédio de leiloeiros ou de serventuários da Justiça que têm por função realizar tais vendas. Poderão, as vendas públicas ser *voluntárias* ou *forçadas*, as primeiras consistindo nas vendas deliberadas livremente pelas partes; a últimas realizadas obrigatoriamente, por força de dispositivo legal. A disputa entre os ofertantes de preço tem o nome de *licitação* e cada preço oferecido é denominado de *lanço*.

As vendas de mercadorias feitas nos armazéns gerais são vendas públicas, sujeitas, assim, a todas as condições dessas. O regulamento dos leiloeiros (Dec. nº 21.981, de 10.10.1932) traça as normas que devem ser observadas nas vendas públicas; também a Lei nº 1.102, de 21.11.1903, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, dispõe não apenas sobre as vendas forçadas de gêneros nelas depositados como, igualmente, sobre as vendas voluntárias, para o que existem, junto à sede dos armazéns gerais, *salas de vendas*, onde têm lugar tais operações.

XII

OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

124. Obrigações das partes contratantes como consequência do acordo de vontades – Sendo o contrato de compra e venda *bilateral*, ao ser feito o acordo de vontades nascem obrigações para ambas as partes contratantes. Consistindo o objeto do contrato na transferência do domínio de uma coisa mediante o pagamento de certo preço, a parte que se obriga a transferir o domínio deverá cumprir essa obrigação, enquanto que cabe, igualmente, à parte, a quem o domínio da coisa deve ser transferido, a obrigação de pagar o preço. São, como se vê, posições antagônicas as tomadas pelas partes que contratam. Por tal razão, o que se obriga a transferir o domínio da coisa tem o direito de receber o preço, enquanto que o que pagar o preço tem o direito de receber a coisa.

Estudaremos, a seguir, mais pormenorizadamente as obrigações do vendedor e do comprador.

I – Obrigações do vendedor

125. A entrega da coisa – Costuma-se dizer que o vendedor assume três obrigações ao contratar com o comprador a venda de uma mercadoria: entregar a mercadoria, *responder pelos vícios da coisa* e *garantir ao comprador a posse e propriedade dela, respondendo pela evicção*.

Na realidade, por essas três obrigações responde o vendedor, para que o comprador possa possuir a coisa em toda a sua integridade. O Código Comercial de 1850 já as mencionava nos seus arts. 197 (“logo que a venda é perfeita o vendedor fica obrigado a entregar ao portador a coisa vendida”), 210 (“o vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida que o comprador não podia descobrir antes de a receber”) e 215 (“se o comprador for inquietado sobre a posse ou domínio da coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em juízo, defendendo à sua custa a validade da venda”).

Mas é necessário esclarecer que a verdadeira obrigação que o vendedor assume é a de *transferir o domínio*. Essa obrigação, como se sabe, é *pessoal*,

não real: gera um direito de crédito para o comprador, que poderá requerer sua execução, obrigando o vendedor a efetivar a obrigação assumida. A fim de executar a obrigação de transferir o domínio da coisa é que o vendedor tem o dever de entregá-la ao comprador. O Código Civil, no art. 1.267, declara que a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da *tradição* ou entrega da coisa. Esse princípio, contudo, deve ser entendido em termos: não é a tradição que serve de causa para a transferência da propriedade; ela é apenas o *meio* através do qual a obrigação pessoal do vendedor, de transferir o domínio, se executa, já estando, entretanto, aperfeiçoado o contrato.

Em tais condições, a entrega da coisa como consequência da obrigação assumida pelo vendedor de transferir o domínio é a obrigação principal que decorre do contrato de compra e venda e a única que, na realidade, o caracteriza. As obrigações de responder pelos vícios ocultos e garantir a posse e a propriedade da coisa são obrigações *complementares*, que decorrem da própria natureza da transferência do domínio. De fato, ao contratar a venda de uma coisa responsabiliza-se o vendedor pela qualidade dessa coisa. Apresentando-a com determinadas qualidades, o vendedor faz com que o comprador formule o preço baseado nessas características. A compra e venda é um contrato oneroso e, em regra, comutativo, devendo, assim, haver uma equivalência das prestações do vendedor e do comprador. Possuindo a coisa um vício oculto, seja esse do conhecimento ou não do vendedor, lógico é que diminui de valor, com prejuízos para o comprador que pagou mais pelo que valia menos. Cabe, assim, responsabilidade do vendedor pelos vícios ocultos da coisa. E essa responsabilidade não é exclusiva do vendedor nos contratos de compra e venda. A responsabilidade pelos vícios ocultos existe em todos os contratos *comutativos*, até mesmo na doação com encargo, conforme estatui taxativamente o art. 441 do Código Civil.

Quanto à garantia da posse e do uso da propriedade, a que se refere o art. 447 do Código Civil, que se traduz pela responsabilidade de resguardar ao comprador contra a evicção do Direito, também não se trata de uma obrigação específica do vendedor nos contratos de compra e venda mercantil, mas de todos aqueles que, por contratos onerosos, transferem o domínio, a posse ou o uso de uma coisa (Código Civil, art. 447). Tem o contrato de compra e venda mercantil por finalidade transferir do vendedor para o comprador o domínio de uma coisa móvel. Assim, quem se obriga a transferir, no caso o vendedor, deve ter sobre a coisa o domínio completo. Se, posteriormente ao contrato, verificar-se que a coisa não pertencia ao vendedor, haverá um enriquecimento ilícito deste ao transferir o domínio de uma coisa que lhe não pertencia. Por tal razão o Código Civil estabelece que, operando-se a *evicção*, isto é, verificando-se que a coisa vendida não pertencia ao vendedor, este não só restituirá o preço ou as quantias que pagou com os juros, custas do processo e honorários do advogado constituído pelo comprador, mas poderá ser condenado a indenizar o comprador: a) dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; b) das despesas dos contratos; c) pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção (Código Civil, art. 450), bem como a compor as perdas e danos consequentes, e até cumprir as penas criminais que no caso couberem.

Em tais condições, se bem que o Código Civil estabeleça que são obrigações do vendedor a entrega da coisa, a responsabilidade pelos defeitos ocultos e a garantia da posse e propriedade pelo comprador, verifica-se que a única obrigação específica e característica do contrato de compra e venda mercantil é a da *transferência do domínio* que, por se tratar de coisa móvel, já que os contratos mercantis versam sempre sobre coisas móveis, se efetiva mediante a *tradição ou* entrega da coisa, segundo dispõe o art. 1.226 do Código Civil.

A) Tradição

126. A tradição como meio de transferência do domínio – A *tradição*, ou entrega da coisa, é, como ficou dito, uma consequência da obrigação assumida pelo vendedor de transferir ao comprador o domínio da coisa. Segundo reza o art. 1.226 do Código Civil:

“Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.”

Esse artigo parece, à primeira vista, estar em contradição com o que dispõe o art. 482 do Código Civil, quando declara que a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordem no objeto e no preço. Essa disposição faz com que o contrato seja classificado como *consensual*, aperfeiçoando-se pelo simples acordo de vontades; enquanto que, segundo o disposto no art. 1.226, o contrato tomaria a classificação de *real*, só se aperfeiçoando mediante a entrega da coisa, ou seja, a tradição.

A nosso ver, o art. 481 do Código Civil, que dá uma definição do contrato de compra e venda, esclarece bem o assunto, que tem sido discutido de vários modos pelos escritores, gerando-se verdadeira confusão em torno dele. Estatui o art. 481 que o contrato de compra e venda é aquele em que um dos contratantes, no caso, o vendedor, “se obriga a transferir o domínio de certa coisa”. Não é, assim, o contrato em que, para se aperfeiçoar, o vendedor *transfere* o domínio da coisa, como acontece, no Direito francês, segundo os arts. 1.582 e 1.583 do Código Civil. Pelo Direito brasileiro o vendedor *não tem que entregar a coisa* para o contrato se aperfeiçoar; *basta se obrigar a entregar a fim de que* o contrato fique perfeito. A obrigação assumida pelo vendedor é, assim, uma obrigação *pessoal*, não *real*. O comprador, ao concluir um contrato de compra e venda, não se torna imediatamente proprietário da coisa e sim *credor do vendedor da entrega dessa coisa*. O cumprimento dessa obrigação se fará mediante um segundo ato, que é a entrega da coisa pelo vendedor. Nesse meio-tempo, enquanto a coisa não é entregue, o comprador não agirá contra o devedor como proprietário, mas como credor da obrigação assumida pelo vendedor; e os vícios da coisa, enquanto essa não for entregue ou posta à disposição do comprador, não correrão por conta dele, que ainda não é proprietário, mas por conta do vendedor, que *tem o domínio da coisa até o momento da entrega ou tradição* (Código Civil, art. 492). Daí por que o vendedor responde pelos vícios redibitórios, isto é, pelos vícios ocultos e comprovados da coisa (Código Civil, arts. 503 e 529, parágrafo único).

Perfeita será a venda quando o vendedor e o comprador acordam sobre a coisa e o preço. Desse acordo nasce a obrigação do vendedor de transferir o domínio da coisa e do comprador de pagar o preço. Para a transferência do domínio, entretanto, necessário será que a coisa seja entregue (Código Civil, art. 1.226). Se assim não fosse, poderia o vendedor ter o contrato por perfeito, retardando, contudo, a entrega da coisa. Mas a entrega da coisa fica subordinada ao pagamento do preço, exceto, naturalmente, quando as vendas são feitas a crédito (Código Civil, art. 491).

Em tais condições, a entrega da coisa é uma resultante da obrigação do vendedor de transferir o domínio; não é, porém, a entrega que torna o contrato perfeito, pois esse se aperfeiçoou com o consentimento, gerando a obrigação *pessoal* do vendedor de transferir a coisa e o direito do comprador de acionar o vendedor pela sua entrega, a que esse se obrigou.

127. Exceções à regra de que a tradição opera a transferência do domínio das coisas comerciais – A tradição não é o único meio, na compra e venda mercantil, pelo qual o vendedor cumpre a obrigação assumida de transferir o domínio da coisa vendida. Apesar do disposto no art. 1.226 do Código Civil, que dá a tradição como o modo comum de se fazer a transferência do domínio das coisas móveis – que são as coisas que podem servir de objeto dos contratos de compra e venda mercantil, há, em Direito Comercial, algumas exceções que merecem ser lembradas, pois nelas, a transferência do domínio não se faz pela entrega da coisa.

Assim, por exemplo, nos títulos cambiais nominativos à ordem, considerados coisas móveis para os efeitos comerciais, a transferência de propriedade se faz pelo *endosso*, isto é, a assinatura do proprietário do título no verso ou anverso do mesmo, com a designação, ou não, da pessoa a quem é transferido (*endosso em preto* ou *em branco*). Nas ações nominativas das sociedades anônimas a transferência de propriedade se faz mediante *termo* lavrado em livros especiais, com as assinaturas do cedente e do cessionário. A transferência de propriedade do navio também se dará mediante *registro* em cartório especial; e os imóveis que, por acaso, pertençam a um fundo de comércio e, assim, pela teoria do acessório, possam ser objeto de compra e venda, para que sejam transferidos do vendedor ao comprador necessitam de *escritura pública*, operando-se a transferência mediante transcrição no cartório competente.

Essas são, porém, exceções. Em regra, a transferência de propriedade das coisas móveis, chamadas *mercadorias* na atividade empresarial, se faz pela simples tradição; em geral também, essa obrigação do vendedor está tão ligada à obrigação de transferir o domínio da coisa que as duas se operam ao mesmo tempo dando a impressão que a verdadeira obrigação do vendedor é entregar a coisa.

128. Formas de tradição – Chamam-se *formas de tradição* as maneiras pelas quais essa se realiza. Poderá a tradição ser *real* ou *efetiva*, *simbólica* ou *virtual* e *consensual*.

Tradição *real* é aquela em que a coisa é entregue ao comprador de modo material; a em que, efetivamente, a coisa é entregue ao comprador.

Assim, se comprar 100 cargas de arroz e, ao efetuar o pagamento, recebo essas cargas de arroz, a tradição é *real*: recebi as mercadorias que comprei, de modo a poder entrar imediatamente na posse e na propriedade delas.

Simbólica ou *virtual* é a tradição em que a entrega da coisa não se faz efetivamente e sim por meio de um símbolo que representa aquela coisa. Assim, se adquiro 100 sacas de arroz, mas este não me é entregue no momento da venda, por se encontrar em lugar ausente, porém o vendedor me dá, em seu lugar, o conhecimento de transporte dessas mercadorias, nesse conhecimento apondo a declaração de que a mercadoria me pertence – na realidade, desde o momento em que aceito o conhecimento, me torno proprietário da mercadoria e dela posso dispor como legítimo dono; mas a tradição que aí se operou foi a *simbólica*, pois na verdade o que recebi do vendedor não foi a mercadoria em espécie, porém um documento, um *símbolo*, que a representa. O Código Comercial de 1850, no art. 200, citava vários casos de tradição simbólica, mas de fato nem todos esses casos são, hoje, considerados como tais. A entrega, mencionada no n° 1, das chaves do armazém em que se encontra a mercadoria, por exemplo, é tida atualmente como tradição *real*, pois nesse caso o comprador, ao receber as chaves, como que se transforma no proprietário do armazém. Como regra geral, entretanto, faz-se a diferença entre a tradição real e a simbólica, considerando-se a primeira como aquela em que a coisa é efetivamente, materialmente entregue, e a simbólica como sendo a em que a mercadoria não é efetivamente entregue ao comprador, e sim representada por um documento, um ato (averbação nos livros ou despachos das estações públicas, em favor do comprador, com concordância de ambas as partes – Código Comercial, art. 200, n° 5; Código Civil, art. 529), ou um fato (pôr o comprador suas marcas nas mercadorias compradas, com o consentimento do vendedor) que atestam haver sido transferido o domínio da coisa do vendedor para o comprador.

Por último, há a chamada tradição *consensual*, que é a em que uma simples declaração do vendedor opera a transferência do domínio da coisa, como no caso de pôr o vendedor a coisa à disposição do comprador (Código Comercial, art. 206, e Código Civil, art. 492, § 1°). Em tal caso, mesmo que a coisa fique na posse do vendedor, este a deterá, não mais como proprietário, mas em nome do comprador.

129. Despesas com tradição – Para fazer a entrega da coisa vendida ao comprador, muitas vezes necessário se torna serem efetuadas despesas: é o caso, por exemplo, das mercadorias vendidas sob a condição de peso, medida e conta, em que o contrato só se executa depois de pesadas, medidas e contadas as mercadorias. *Em regra, as despesas com a tradição ou entrega da coisa ficam a cargo do vendedor*; assumindo esse a obrigação de entregar a coisa, devem correr por sua conta os gastos feitos para que se efetue essa entrega. Pelo contrário, *as despesas com o recebimento da coisa e seu transporte correm por conta do comprador*, que, com o recebimento, passa a exercer sobre ela o seu domínio.

Essas normas, porém, não são absolutas e as partes podem derogá-las, mediante convenção a respeito. A própria lei admite que seja pactuado de modo diverso, pois, ao referir-se ao assunto, faz a ressalva: “salvo cláusula em contrário” (Código Civil, art. 490).

130. Os riscos da coisa e a tradição – Entende-se como *risco* qualquer perigo que a coisa venha a sofrer sem que para isso concorra culpa dos contratantes, ou seja, por caso fortuito ou força maior. Esse perigo pode versar, quer sobre a perda da coisa, quer sobre qualquer estrago ou deterioração que ela venha a sofrer.

Neste ponto, vale a pena comparar o Código Civil de 2002 com o Código Comercial de 1850:

Código Comercial de 1850	Código Civil de 2002
<p>Art. 206. Logo que a venda é de todo perfeita, e o vendedor põe a coisa vendida à disposição do comprador, são por conta deste todos os riscos dos efeitos vendidos, e as despesas que se fizerem com a sua conservação, salvo se ocorrerem por fraude ou negligência culpável do vendedor, ou por vício intrínseco da coisa vendida; e tanto em um como em outro caso, o vendedor responde ao comprador pela restituição do preço com os juros legais e a indenização dos danos.</p> <p>Art. 207. Correm, porém, a cargo do vendedor os danos que a coisa vendida venha a sofrer antes da entrega:</p> <p>1 – quando não é objeto determinado por marcas ou sinais distintivos que a diferenciem entre outras da mesma espécie, com as quais possa achar-se confundida;</p> <p>2 – quando por condição expressa no contrato, ou por uso praticado no comércio, o comprador tem direito de a examinar, e declarar se contenta com ela, antes que a venda seja tida por perfeita e irrevogável;</p> <p>3 – sendo os efeitos da natureza daqueles que se devem contar, pesar, medir ou gostar, enquanto não forem contados, pesados, medidos ou provados; em tais compras a tradição real supre a falta de contagem, peso medida ou sabor;</p> <p>4 – se o vendedor deixar de entregar ao comprador a coisa vendida, estando este pronto para a receber.</p>	<p>Art. 490. Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor, as da tradição.</p> <p>Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.</p> <p>§ 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste.</p> <p>§ 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.</p> <p>Art. 494. Se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor.</p> <p>Art. 531. Se entre os documentos entregues ao comprador figurar apólice de seguro que cubra os riscos do transporte, correm estes à conta do comprador, salvo se, ao ser concluído o contrato, tivesse o vendedor ciência da perda ou avaria da coisa.</p>

Naturalmente, os riscos da coisa correm sempre por conta daquele que é seu proprietário, isto é, que tem o seu domínio. Assim sendo, *antes da tradição os riscos correm por conta do vendedor*, que detém o domínio sobre a coisa;

com a tradição passam para o comprador, que desde o momento da tradição se integra no seu domínio. Essa é a regra contida no art. 492 do Código Civil, que estatui que:

“Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor e os do preço por conta do comprador.”

Categorizados autores¹ já discutiam bastante sobre esse assunto, em face dos dispositivos constantes nos arts. 206 a 208 do Código Comercial de 1850, onde era feita uma discriminação de riscos que cabiam ao vendedor ou ao comprador. Consideravam esses autores os riscos que podem acontecer à coisa depois de perfeito o contrato, mas antes de se efetuar a tradição.

A nosso ver, a regra geral não sofre nenhuma alteração se considerarmos que o contrato de compra e venda mercantil tornando-se perfeito mediante o acordo de vontades, não gera uma obrigação real, e sim pessoal: a do vendedor transferir o domínio da coisa, não se requerendo que para o contrato se aperfeiçoar seja condição essencial a sua entrega imediata. Assim sendo, as discriminações feitas pelos arts. 206 a 208 do Código Comercial de 1850 já estavam todas subordinadas à ideia de que, enquanto não entregar a coisa, o vendedor é seu proprietário, muito embora tenha assumido a obrigação de fazer essa entrega. Enquanto não se opera a tradição, que é o meio de ser executada a obrigação assumida pelo vendedor, tem este o encargo de responder pelos riscos da coisa. O tempo que vai da perfeição do contrato à entrega do objeto não tem grande importância, pois, então, o vendedor ainda é o proprietário. Só deixará de sê-lo no momento em que faz a entrega, pois a tradição – seja real, simbólica ou consensual – é o meio natural de ser transferido o domínio.

Desse modo, quando o art. 206 do Código Comercial de 1850 estatua que “logo que a venda é de todo perfeita, e o vendedor põe a coisa à disposição do comprador, são por conta deste todos os riscos dos efeitos vendidos, e as despesas que se fizerem para a sua conservação”, na realidade não fugia à regra geral, pois, pondo o vendedor a coisa à disposição do comprador, efetua-se a chamada *tradição consensual* e desde este instante o comprador se integra no domínio como se houvesse recebido a coisa de modo real. Da mesma maneira, quando dizia o art. 207, n^{os} 2, 3 e 4, correrem por conta do vendedor os danos que a coisa sofresse antes de sua entrega, quando a venda fosse feita a contento e o comprador ainda não tivesse declarado ou se se contentado com as mercadorias, ou quando deixasse o vendedor de entregar a coisa vendida, estando o comprador pronto para recebê-la também aí o contrato não se completou, pois estava pendente de condição suspensiva e o proprietário da coisa ainda era o vendedor, já que só deixaria de sê-lo no instante em que o comprador manifestasse que estava contente com as mercadorias, quando a entrega da coisa poderia verificar-se, efetuando a transferência do domínio. O n^o 1 do art. 207 do Código Comercial de 1850

1 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2^a parte, n^{os} 705 a 715; Cunha Gonçalves, ob. cit., p. 436.

também já estatuiu correrem por conta do vendedor os riscos da coisa quando esta não fosse objeto determinado por marcas ou sinais distintivos que a diferenciasses entre outras da mesma natureza e espécie, com as quais pudesse achar-se confundida” e por tal razão, estando confundidas as coisas, não poderia saber o comprador qual a que realmente lhe pertence; nessa situação, a coisa global pertencendo ao vendedor, os riscos da mesma deviam correr por conta deste.

Por último, o art. 208 do Código Comercial de 1850 já estatuiu que nas vendas *a esmo* o risco da coisa corria por conta do comprador, e esse caso se justifica pela própria natureza da venda: o comprador nenhuma cláusula impôs no contrato, aceitando sem necessidade de peso, medida ou contagem a coisa tal qual se encontrava. Assumirá ele, desse modo, os vícios que ocorram à referida coisa, pois a venda é feita justamente baseada em que o comprador adquire as mercadorias tais quais estão sem necessidade, assim, de ser essa mesma mercadoria examinada, pesada, medida ou contada (v. Código Civil de 2002, art. 490).

131. Modo, lugar e tempo da tradição – O art. 197 do Código Comercial de 1850 estatuiu que “logo que a venda é perfeita (art. 191) o vendedor fica obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida no prazo e pelo *modo* estipulado no contrato; pena de responder pelas perdas e danos que da sua falta resultarem”. Embora revogado, esse dispositivo ainda tem o seu valor.

O *modo* a que a lei se refere significa a maneira como deve ser a coisa entregue. Assim, poderão as mercadorias de que trata o contrato ser entregues devidamente encaixotadas, ensacadas ou em vasilhames, conforme o caso, devendo, contudo, as partes ater-se ao que foi estipulado no contrato. Igualmente, a tradição poderá ser real, mediante a entrega material da coisa, ou simbólica, com a entrega dos títulos ou documentos representativos da mesma, como no caso da entrega de conhecimentos de depósito ou de frete. E, na hipótese de nada haverem convencionado as partes sobre o modo como se opera a tradição, deve a coisa ser entregue pela maneira usual no lugar onde a tradição se faz, ou ainda segundo a praxe seguida na entrega das coisas da mesma natureza. Assim, por exemplo, se é costume fazer-se a entrega de fazendas, adquiridas em grosso ou por atacado, em fardos cobertos de pano, para evitar que as mercadorias adquiridas se sujem ou estraguem, o vendedor, mesmo que nada tenha sido estipulado no contrato, deve entregar ao comprador mercadorias assim adquiridas revestidas dessa proteção, podendo responder por perdas e danos, se por acaso deixar de fazê-lo a esse fato ocasionar estrago da mercadoria.

O *lugar* da tradição ou da entrega da coisa pode, igualmente, ser ou não convencionado no contrato. Sendo estipulado, a entrega deve ser feita no lugar da estipulação; não havendo, contudo, convenção a respeito, é o vendedor obrigado a entregar a mercadoria “no lugar onde ela se encontrava, ao tempo da venda”, segundo determina o art. 493 do Código Civil. “Se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor” (Código Civil, art. 494).

Quanto ao *tempo* da tradição, o vendedor é obrigado a entregar a coisa no *prazo* estipulado. Mas o Código Civil de 2002 estabelece duas regras importantes: a) “Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço” (art. 491); b) “Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado” (art. 495).

O revogado art. 137 Código Comercial de 1850 previa solução para a hipótese de não haver nenhuma convenção sobre prazo para a entrega da mercadoria (“Art. 137. Toda a obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exequível 10 dias depois de sua data”). Nem o Código Civil nem o Código de Defesa do Consumidor preveem essa hipótese. Contudo, os seguintes dispositivos poderão contribuir para uma interpretação analógica:

Código Civil:

“Art. 529. Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos. (...)”

Art. 134. Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.”

Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. (...)”

Deve-se considerar, contudo, que o prazo para entrega da mercadoria é aplicável mais a vendas em que as partes se encontram em lugares separados ou às de grande quantidade de mercadorias. Em geral, nas vendas de pequeno porte, no comércio comum, em que a tradição se faz de modo real, o tempo em que o vendedor deve entregar a mercadoria é aquele em que o contrato se opera. Esse fato tem base no art. 491 do Código Civil, que reza o seguinte:

“Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.”

Ora, nas vendas comuns, do comércio de retalho, o contrato geralmente se faz com o simples pagamento do preço e recebimento da coisa, esses atos significando a troca de consentimento das partes para contratar. Se, por acaso, o comprador merece crédito do vendedor, este lhe entregará a coisa, deixando para receber o pagamento posteriormente, em data certa ou incerta.

Em tais condições, comumente o *tempo* da entrega da coisa é aquele em que o contrato é feito, já efetuando o comprador o pagamento do preço, já deixando para efetuá-lo em prazo posterior. Se, contudo, as partes convencionarem a respeito, a entrega da coisa far-se-á no prazo convencionado. Em se tratando de vendas de alguma importância, em que não seja comum a entrega da coisa no momento em que é feito o contrato, e considerando a omissão do Código Civil, já apontada, deveria prevalecer o uso (Código Civil, art. 529) ou, por aplicação da analogia acima sugerida, o prazo de trinta dias, a contar da data da celebração do contrato de compra e venda. E se no tempo aprezado o vendedor não entregar a coisa vendida, terá o comprador o direito ou de rescindir o contrato ou de demandar o seu cumprimento, acrescido, porém, dos danos que lhe causou a demora da entrega. Excetuam-se, contudo, dessa regra as demoras de entrega que são ocasionadas por *casos fortuitos* ou *de força maior* (Código Civil, art. 393).

132. Cláusulas relativas ao transporte de mercadorias – Muitas vezes as coisas vendidas, ou mercadorias, se encontram em lugares diferentes do domicílio ou estabelecimento do comprador, havendo, assim, necessidade de serem transportadas para que se faça a sua entrega material.

Já sabemos que as despesas com a entrega da mercadoria são por conta do vendedor, enquanto que as que forem feitas com o recebimento e o transporte correrão por conta do comprador. Sabemos, também, que, salvo estipulação em contrário, as mercadorias devem ser entregues no lugar em que se encontram por ocasião da venda (Código Civil, art. 493), no tempo convencionado.

Muitas vezes, entretanto, vendedor e comprador estabelecem cláusulas relativas ao lugar da entrega e às despesas com o transporte das mercadorias, sendo tais cláusulas tão comuns no comércio entre localidades diversas que já tomaram formas especiais, aplicando-se, assim, a quaisquer contratos, desde que neles mencionadas. Referem-se algumas dessas cláusulas não só ao transporte das mercadorias como, igualmente, a outras despesas, tais como as de seguros para cobrir os riscos que possam recair sobre a coisa durante o transporte. Tais cláusulas, pela maneira como facilitam as transações comerciais, tornaram-se internacionais, sendo hoje geralmente aceitas por todos os povos civilizados.

As principais dessas cláusulas são as seguintes:

a) Cláusula cif

A sigla *cif* é uma abreviatura das palavras *cost*, *insurance* e *freight* (custo, seguro e frete), e quando um contrato de venda é feito com a cláusula *cif* significa que o vendedor se obriga a pagar o transporte da mercadoria do lugar em que ela se encontra ao que for combinado com o comprador (em geral o em que este está estabelecido), pagando, ainda, o seguro que deverá fazer face aos riscos que corre a mercadoria durante o transporte. Em geral, diz-se simplesmente *venda cif*, acrescentando-se o nome do lugar em que a mercadoria deve ser entregue: *cif* – Rio; *cif* – Salvador; *cif* – Fortaleza. A cláusula, assim, significa que o vendedor, ao cobrar o preço de uma mercadoria, está nesse preço já incluindo o *custo* da

mercadoria (*cost*), o valor do seguro para cobrir os riscos que a mercadoria pode sofrer antes de chegar às mãos do comprador (*insurance*) e o frete (*freight*), ou seja, o pagamento do transporte da mercadoria até o lugar combinado com o comprador, em geral o em que ele está estabelecido. Essa cláusula também pode aparecer com uma sigla diferente, *caf*, de origem francesa, mas com o mesmo significado, representando a abreviação das palavras *coût* (custo), *assurance* (seguro) e *frêt* (frete).

Deve-se, contudo, ter em conta que nas vendas com a cláusula *cif* a tradição da coisa se faz no momento em que as mercadorias são entregues no navio ou na empresa transportadora; a partir desse momento, portanto, o comprador se integra na propriedade da coisa e, naturalmente, os riscos que à mesma sobrevierem serão por sua conta (Código Civil, art. 492). O que a cláusula representa é que as despesas com o seguro da mercadoria ficaram a cargo do vendedor, bem como as com o frete. Essas despesas, passando as mercadorias à propriedade do comprador com a entrega do navio, deveriam ser a cargo do adquirente. A cláusula visa, assim, apenas a transferir do comprador para o vendedor despesas que normalmente deveriam ser feitas pelo primeiro, já que as mercadorias passaram a ser suas desde que foram entregues no navio ou na empresa transportadora.

b) Cláusula *fob*

Uma outra cláusula que se tornou internacional e que tem muita aplicação nos contratos empresariais é a contida na sigla *fob*, abreviatura das palavras inglesas *free on board*. Ao adotar essa cláusula, tem-se como convencionado que o vendedor mantém a obrigação de entregar a mercadoria a bordo do navio que deve transportá-la ao porto de destino. E, como acontece com as vendas com a cláusula *cif*, a tradição se opera ao ser entregue a mercadoria ao navio, correndo as despesas com essa entrega por conta do vendedor. As despesas com o frete e o seguro, porém, correrão por conta do comprador, como também os riscos da mercadoria, desde o momento em que essas são entregues a bordo em virtude de nesse momento ter havido a tradição.

Em geral, emprega-se também a cláusula *fob* antecedendo ao nome da cidade em que a mercadoria é entregue: *fob* – Rio; *fob* – Fortaleza; *fob* – Santos. A diferença que se nota em relação à cláusula *cif*, quanto à colocação da mesma junto ao nome da cidade, é que nesta a cidade é aquela em que a mercadoria deve ser desembarcada, enquanto na *fob* é a em que a mercadoria é embarcada. Assim uma venda *cif* – Fortaleza significa que a mercadoria será desembarcada em Fortaleza, correndo às despesas do frete e do seguro por conta do vendedor, que em geral as inclui no preço da mercadoria. Já numa venda *fob* – Rio significa que a mercadoria será embarcada no Rio, correndo por conta do vendedor unicamente as despesas com a entrega da mercadoria no navio, seguro e frete sendo por conta do comprador. Por tal razão, a cláusula *fob* também toma as denominações de “franco a bordo” ou “posto a bordo”, que melhor exprimem as obrigações que o vendedor assume, pois, como se sabe, a obrigação legal do vendedor é entregar a coisa no lugar em que ela se encontra, ou seja, no seu estabelecimento comercial ou no seu armazém, segundo a regra do art. 493 do Código Civil.

c) Outras cláusulas comuns referentes ao transporte de mercadorias

Várias outras cláusulas existem que são comuns nos contratos de vendas de mercadorias que se encontram em lugares distantes do comprador. Dentre essas destacam-se:

1) a cláusula *fas*, correspondente a *free alongside ship*, segundo a qual o vendedor se obriga a entregar a mercadoria, não dentro do navio, como na cláusula *job*, mas ao longo ou *no costado do navio*. Até aí as despesas correrão por conta do vendedor; para colocar a mercadoria no navio, as despesas já serão por conta do comprador, como as demais de seguro e frete;

2) a cláusula *c & f (cost and freight)*, pela qual o vendedor se responsabiliza pelas despesas com o frete da mercadoria, cabendo, porém, ao comprador as despesas relativas ao seguro;

3) a cláusula *fort (free on train)*, significando que o vendedor assume a obrigação de entregar a mercadoria dentro do vagão que a vai transportar, correndo por sua conta todas as despesas para tal. Essa cláusula, como se vê, é empregada em transportes ferroviários, sendo também usada a expressão *posto sobre o vagão* e equivale à cláusula *job*, que é usada quando o transporte é feito por navios;

4) a cláusula *far (free alongside railway)*, pela qual o vendedor se obriga a entregar a mercadoria ao longo da estrada de ferro, isto é, na estação onde se faz o embarque, razão por que é também usada a expressão *posto na estação*, equivalendo à cláusula *fas* dos transportes por via marítima.

Ainda poderiam ser mencionadas várias outras cláusulas que são geralmente admitidas nos contratos de vendas mercantis com a finalidade de economizar tempo por parte dos contratantes quanto à discussão da responsabilidade de despesas relativas aos transportes de mercadorias.²

B) Responsabilidade pelos vícios ocultos

133. Caracterização dos vícios ocultos – Já mostramos (*supra*, nº 121) que, na realidade, a responsabilidade que tem o vendedor de responder pelos vícios ocultos da coisa não é uma obrigação específica do contrato de compra e venda mercantil, mas sim de todos os contratos *comutativos*, até mesmo da doação com encargo (Código Civil, art. 441). Nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas (Código Civil, art. 503). No entanto, não se pode deixar de mencionar essa obrigação do vendedor justamente pelo fato de ser a compra e venda um contrato oneroso e, em geral, *comutativo*. O Código Comercial de 1850 já destacara essa obrigação do vendedor ao estatuir, no art. 210, que:

“O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos da coisa vendida que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o

2 Quanto ao uso de cláusulas sobre as despesas que pesam nas vendas mercantis internacionais, v. o interessante livro do Diretor da Câmara de Comércio Internacional, Frédéric Eismann, *Usages de la vente commerciale internationale*, Paris, Ed. Jupiter, 1972.

seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço.”

E o Código Civil, no art. 441, dispõe que:

“A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

Entendem-se por *vícios ocultos* ou *vícios redibitórios* os defeitos, as falhas ou faltas existentes na coisa que a tornam “imprópria para o uso a que é destinada”,³ defeitos e falhas esses que não são percebidos pelo comprador, antes da entrega, pois, se o fossem, provavelmente a venda não se teria realizado ou se realizaria por preço muito menor. O próprio vendedor pode ignorar a existência do vício, donde a existência desse não estar subordinada à má-fé do vendedor. Ainda assim, entretanto, responde por ele, razão pela qual se dá a essa obrigação do vendedor a designação de *garantia da coisa*.

O comprador, em tal caso, terá o direito de reclamar do vendedor a falta, a falha ou o defeito, podendo essa reclamação ser feita diretamente, verbal ou por escrito, ou também por via judicial. Para que, entretanto, possa a reclamação ser feita, necessário será que na coisa existam defeitos, falhas ou faltas, que esses sejam *ocultos*, isto é, não sejam percebidos pelo comprador antes da entrega da coisa, e que sejam tais que tornem a coisa imprópria para o uso a que se destina ou diminuam o seu valor. O velho Código Comercial de 1850, mais explícito que o Código Civil de 2002, dispunha o seguinte, no seu art. 210:

“O vendedor, depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo que tais a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço.”

O Código Comercial esclarecia que esse dispositivo legal tinha aplicação principalmente “quando os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de cobertura que impeçam o seu exame e reconhecimento” (art. 211). Comuns são as vendas mercantis em que a entrega da coisa se faz nessas condições. O disposto no art. 211 do Código Comercial de 1850, entretanto, não impedia que a reclamação fosse feita a respeito de mercadorias que eram entregues de modo diverso do assinado, como, por exemplo, de máquinas e mecanismos cuja perfeição só poderá ser constatada depois de entregue e montada ou instalada a máquina. Naturalmente, em vendas em que o vendedor exige do comprador o exame da coisa antes do recebimento não caberá mais a reclamação, pois essa deverá ser feita no momento de ser a coisa examinada.

3 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.101. O Projeto de Código de Obrigações conceitua o vício redibitório como o vício “ou defeito oculto, que a torne (a coisa) imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminua o valor” (art. 313). No mesmo sentido estatui o Projeto de Código Civil de 1975, art. 440.

Também dispunha o Código Comercial não ser cabível a reclamação depois de pago o preço (Código Comercial, art. 211, 2ª alínea).

O Código Civil de 2002 limita-se a dispor, no parágrafo único do art. 529, que:

“achando-se a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito já houver sido comprovado”.

O prazo para que o comprador reclame acha-se fixado no art. 445 do Código Civil e no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias, se a coisa for móvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse da coisa, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis (Código Civil, art. 445). O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; e de noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis (Código de Defesa do Consumidor, art. 26). Esse prazo, conforme já foi mencionado, é de *decadência*, e não de *prescrição*. Isso significa que tal prazo não sofre suspensão nem interrupção, decaindo o direito de reclamação do comprador uma vez esgotado o mesmo.

Deve-se, contudo, levar em consideração que o dispositivo legal não é de ordem pública e, assim, taxativo, mas de interesse privado, donde poderem as partes estabelecer um prazo muito maior de que o estipulado pelo Código. Muito comum, aliás, é estabelecerem os vendedores de certos gêneros de mercadorias, notadamente máquinas, um prazo dilatado de garantia, às vezes atingindo mesmo a cinco ou 10 anos. Essa garantia em geral é dada sobre o perfeito funcionamento da máquina ou aparelho durante esse período, como acontece com geladeiras, motores, aparelhos de rádio. Não exclui ela, contudo, os vícios ocultos, antes os engloba com outros defeitos que podem ocorrer em ditas mercadorias pelo seu uso prolongado ou por quaisquer demais motivos, em regra especificados nos contratos.

Também merece ser levado em consideração que, pelo fato de marcar o Código o prazo a contar da entrega efetiva da coisa não deve tal norma ser encarada estritamente, como a rigor deveria ser. Pois há coisas que são recebidas, mas em que os vícios ocultos não podem ser descobertos dentro desse prazo. Em tal caso estão as máquinas, que, uma vez recebidas, necessitam ser montadas para que se saiba se realmente possuem ou não defeitos ocultos. A jurisprudência, sabiamente, tem admitido que o prazo deve ser contado da data em que as máquinas entram em funcionamento, conforme já assinalara Valdemar Ferreira.⁴

4 Valdemar Ferreira, *Instituições*, t. II, vol. 3, nº 816, pp. 406 e segs. O Projeto de Código de Obrigações estabeleceu o prazo de 30 dias, em se tratando de coisas móveis (art. 315). O Projeto de Código Civil manteve o mesmo prazo (art. 444).

Fazendo a reclamação, poderá o comprador ou *recusar* a coisa ou pedir o *abatimento do preço* (Código Civil, art. 442), para tanto usando a *ação redibitória* (quando a coisa é recusada) ou a *estimatória* (quando é pedido o abatimento no preço).

Aqui, mais uma vez, dois artigos revogados, do Código Comercial de 1850, podem servir de subsídio para o trabalho do operador do direito. Reenviando o comprador a coisa ao vendedor, se este a aceitar ou se a coisa for entregue ao vendedor contra a sua vontade e esse não a fizer depositar judicialmente, por conta de quem pertencer, intimando o comprador desse depósito, presume-se que o vendedor consentiu na rescisão da venda (Código Comercial, art. 212). Em tal caso, se o vendedor já recebeu o preço, deverá não apenas fazer a sua restituição, como, igualmente, pagar as despesas que houver ocasionado, tudo acrescido dos juros da lei (Código Comercial, art. 213).

Quando a entrega da coisa se opera parceladamente, deve o comprador fazer as reclamações sobre os vícios ocultos à proporção que for recebendo as parcelas. Se, na coisa vendida, a parte em que existir o vício oculto é substituível, o vendedor ficará obrigado a substituir apenas essa parte, não o todo, a não ser que o todo esteja em tal ligação com a parte substituível que a substituição dessa traga prejuízos àquele.

C) Responder pela evicção

134. Garantia do vendedor pela evicção – Também figura como obrigação do vendedor responder pela evicção de direito, ou seja, garantir ao comprador a posse ou o uso da coisa vendida. Entende-se por *evicção* “a perda total ou parcial de uma coisa, em virtude de sentença, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato, de onde nascera a pretensão do evicto”.⁵ Do mesmo modo que acontece com a garantia pelos vícios ocultos, a referente à evicção não é exclusiva do contrato de compra e venda mercantil, e sim de todos os contratos onerosos (Código Civil, arts. 441 e 447).

O Código Comercial de 1850 destacava essa obrigação do comprador ao estatuir, no art. 215, que:

“Se o comprador for inquietado sobre a posse ou domínio da coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em Juízo, defendendo à sua custa a validade da venda; e se for vencido, não só restituirá o preço com os juros e custas do processo, mas poderá ser condenado à composição das perdas e danos consequentes, e até às penas criminais, quais no caso couberem.”

E acrescentava que:

“A restituição do preço tem lugar, posto que a coisa vendida se ache depreciada na quantidade ou na qualidade ao tempo da evicção por culpa do comprador ou força maior. Se, porém, o comprador auferir proveito da depreciação por ele causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que for estimada por arbitradores.”

5 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.107.

Esses princípios, mencionados pelo art. 215 do Código Comercial de 1850, são naturais na compra e venda, não necessitando, assim, que figure cláusula expressa no contrato a respeito. O art. 214 do Código Comercial era explícito a respeito, ao declarar que:

“O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito à responsabilidade alguma.”

Para que o vendedor pudesse eximir-se de garantir a coisa contra a evicção seria necessário que o comprador, “conhecendo o perigo, ao tempo da compra”, declarasse “expressamente no instrumento de contrato que tomava sobre si o risco” (Código Comercial, art. 214).

Tem-se, desse modo, que o vendedor é obrigado a garantir ao comprador, mesmo que não haja no contrato cláusula expressa sobre o assunto, o domínio e a posse da coisa vendida, cabendo-lhe defender em Juízo a validade da venda para que o comprador possa gozar da coisa como lhe aprouver. Se, entretanto, for o vendedor vencido na demanda judicial, fica na obrigação de restituir ao comprador o preço, com os juros legais, estando, ainda, sujeito a perdas e a pena criminal, se no caso couber.

Poderá, entretanto, o comprador, enquanto estiver de posse da coisa, nela fazer benfeitorias, aumentando, desse modo, o seu valor. Em tal caso, operando-se a evicção tem o comprador o direito de reter a coisa até que seja reembolsado das despesas feitas com as benfeitorias.

O valor das benfeitorias será pago pela pessoa que reivindicar a coisa. Se, entretanto, o comprador houver realizado na coisa benfeitorias necessárias ou úteis, e essas não forem pagas pelo reivindicante, a indenização delas será feita pelo vendedor (Código Civil, art. 453). Agindo o comprador de má fé, realizando na coisa benfeitorias voluptuárias, necessárias ou úteis (Código Civil, art. 96), depois de iniciada, pelo terceiro, a ação de reivindicação da coisa, o comprador terá direito apenas à indenização das benfeitorias *necessárias* (Código Civil, art. 1.220), ou seja, aquelas “que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore” (Código Civil, art. 96, § 3º).

O Código Civil trata da evicção nos arts. 447 a 457.

135. Denúnciação da lide – O comprador que for demandando sobre a posse ou o domínio da coisa poderá, segundo o Código de Processo Civil, denunciar a lide ao alienante para que ele defenda em Juízo referidas posse e domínio, assumindo, assim, a obrigação de garantir o comprador contra o risco da evicção. Essa denúncia ao vendedor deve ser feita dentro de 10 dias, quando o vendedor residir na mesma comarca, ou em 30 dias, quando residir em outra comarca ou em lugar incerto (Código de Processo Civil, arts. 70 e 72).

Vindo o vendedor a Juízo, receberá o processo no estado em que esse se achar e daí por diante prosseguirá com o mesmo. Caso, porém, o vendedor não venha a Juízo, a ação prosseguirá com o comprador, cabendo, a esse, direito de regresso contra o vendedor, que fica responsável à restituição do preço, acrescido de juros

e perdas e danos (Código de Processo Civil de 1973, arts. 75 e 76 c.c o art. 450 do Código Civil).

D) Outras obrigações do vendedor

136. Emissão da fatura e da duplicata – Outras obrigações do vendedor existem, ainda, nos contratos de compra e venda mercantil. A mais importante delas, contudo, é a referente à emissão de faturas com a faculdade de extrair duplicatas, nas vendas a prazo, no território nacional.

A fonte originária dessas obrigações está nos arts. 1º e 2º da Lei 5.474, de 18.07.1968 (Lei das Duplicatas), que determinam o seguinte:

“Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador. A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos ou entregas das mercadorias. No ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação como efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador.”

A obrigação de emitir a duplicata desapareceu com a Lei nº 5.474, de 18.07.1968, modificada pelo Dec.-Lei nº 436, de 27.01.1969, perdurando apenas a obrigação de extração da fatura nas vendas a prazo, para pagamento não inferior a 30 dias, entre partes domiciliadas no território nacional. A emissão da *duplicata*, antes obrigatória, se tornou facultativa, cabendo ao empresário decidir se a emite ou não. Tem-se, desse modo, que, hoje, nas vendas a prazo superior a 30 dias, o vendedor é obrigado a emitir a *fatura*, a qual “discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, dos despachos ou das entregas das mercadorias” (Lei nº 5.474, de 1968, art. 1º, § 1º).

Cumprido, entretanto, destacar que, apesar de não ser mais de emissão obrigatória, a duplicata de fatura é o título de crédito mais usado pelos comerciantes brasileiros e a sua utilização se mostrou tão vantajosa para as atividades comerciais que outros países já procuraram, inspirados no modelo original brasileiro, criar títulos semelhantes para facilitar suas transações comerciais. Assim, Portugal, Argentina e Uruguai contam hoje com títulos equivalentes à duplicata brasileira. A França, em 1967, criou as *factures protestables* (Ord. nº 67-838, de 28.09.1967, modificada pelo Dec. nº 67-1243, de 22.12.1967) que, apesar de não representarem o papel exato das duplicatas brasileiras, foram nestas inspiradas e servem para descontos bancários. E, posteriormente, o Código Comercial da Colômbia, de 1972, criou (arts. 772 e 779) as *facturas cambiarias*, diretamente inspiradas nas duplicatas brasileiras. Reconhecendo o valor desses títulos, a mesma lei que, entre nós, os tornou facultativos, estabeleceu que não será admitida “qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador” (Lei nº 5.474, de 1969, art. 2º).

II – Obrigações do comprador

137. Principais obrigações do comprador – Sendo o contrato de compra e venda um contrato bilateral, gera obrigações não só para o vendedor como, igualmente, para o comprador. As principais obrigações do comprador, que representam direitos que podem ser exigidos pelo vendedor, são:

- a) pagar o preço;
- b) receber a coisa vendida.

A) Obrigação de pagar o preço

138. Razão da obrigação – A compra e venda mercantil é um contrato oneroso, dada a própria natureza especulativa do comércio, e, como já foi repetidamente assinalado, bilateral. Assim sendo, a transferência do domínio da coisa tem como contraprestação o pagamento do preço. Sabe-se que o contrato se aperfeiçoa pelo simples consentimento, mas, executando-se as vendas a prazo, em que as partes convencionam diferir o pagamento do preço para uma época posterior à entrega da coisa, essa entrega fica subordinada ao pagamento do preço, como claramente estatui o art. 491 do Código Civil.

O preço, como já se disse, deve ser *justo, certo e real*. Esses requisitos, contudo, devem ser apreciados em face do desenvolvimento do comércio, que de certo modo alterou alguns deles (*supra*, nº 96).

139. A quem deve ser pago o preço – Segundo a regra do art. 308 do Código Civil:

“O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.”

Em tais condições, nas vendas mercantis o pagamento deve ser feito, pelo comprador, ao vendedor ou à pessoa por ele autorizada a fazer o recebimento. Feito a outra pessoa, só será válido o pagamento se ratificado pelo vendedor (Código Civil, art. 308).

140. Tempo do pagamento – Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente (Código Civil, art. 331). Em regra geral, o pagamento deve ser feito ao mesmo tempo em que é feita a entrega da coisa. Assim acontecendo, diz-se que o pagamento é *de contado* ou *à vista*, muito embora se saiba que a lei que regula as duplicatas mercantis considera *à vista* as vendas em que o pagamento é feito pelo comprador dentro do prazo de 30 dias, contado da data em que foi realizada a operação.

Contudo, podem as partes, vendedor e comprador, convencionar que o pagamento será efetuado em época posterior à entrega da coisa. Dá-se a essa espécie de pagamento o nome de *pagamento a prazo*, e à operação que o possibilita, o nome de *venda a crédito* ou *fiada*.

141. Lugar do pagamento – Comumente, nos contratos de compra e venda as partes convencionam o lugar em que o pagamento deve ser feito; assim acon-

tecendo, nada mais resta do que cumprir a obrigação resultante desse acordo de vontades.

Não sendo, entretanto, convencionado previamente o lugar do pagamento, efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias; designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher entre eles (Código Civil, art. 327). Na venda sobre documentos (Código Civil, art. 529), não havendo estipulação em contrário, o pagamento deve ser efetuado no lugar da entrega dos documentos (Código Civil, art. 530).

Observe-se que o art. 327 do Código Civil não consegue ocultar certa contradição com a realidade.

Ora, é sabido que no comércio o pagamento do preço é ato que se realiza por ocasião da entrega da coisa. E a entrega da coisa, na falta de estipulação expressa, dar-se-á no lugar onde ela se encontrava, ao tempo da venda (Código Civil, art. 493). Assim sendo, o pagamento será devido no lugar onde a coisa é entregue, seja essa entrega efetiva, ou real, seja simbólica ou virtual.

Encontrando-se vendedor e comprador em lugares distanciados, em geral a tradição é simbólica, através da remessa da fatura ou da entrega da coisa a bordo ou no costado do navio, conforme as cláusulas ajustadas entre vendedor e comprador; nesse caso, o pagamento deveria ser efetuado nesse lugar, que costumeiramente é o do *domicílio do vendedor*, o que se contrapõe ao princípio do art. 327 do Código Civil, que determina seja o pagamento feito “no domicílio do devedor”, no caso, no domicílio do comprador.

Comumente, entretanto, nas vendas em que vendedor e comprador estão domiciliados em lugares distantes, o pagamento é feito no domicílio do comprador, ainda que a coisa tenha sido entregue no domicílio do vendedor, por tradição simbólica. Esse fato faz com que os escritores achem hipóteses para justificar tal pagamento. Segundo uns,⁶ a regra especial, resultante do art. 491 do Código Civil, de acordo com a qual o pagamento deve ser efetuado concomitantemente com a entrega da coisa, é a que prevalece, ficando, assim, derogado o disposto no art. 327 do Código Civil, que manda seja realizado o pagamento no domicílio do comprador. Outros,⁷ entretanto, aventam a ideia de que, não havendo o vendedor recebido o preço por ocasião da entrega da coisa, a venda se transformou em uma venda a *prazo*, aceitando, nesse caso, o vendedor, tacitamente, que o pagamento seja feito no domicílio do comprador.

De certo modo é aceitável a última opinião, que não contradiz a regra de que o pagamento é devido no lugar da entrega da coisa e possibilita, mais, a justificação do costume de ser feito o pagamento, nas vendas em que vendedor e comprador estão distanciados do domicílio do comprador. Tem-se, assim, a aplicação do disposto no art. 493 do Código Civil, que manda seja a coisa entregue no

6 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. II, 2ª parte, nº 692.

7 Cunha Gonçalves, *ob. cit.*

lugar em que se encontrava ao tempo da venda, muito embora esse artigo disponha que assim não acontecerá apenas quando há *estipulação expressa* e, nos casos dessas vendas, nem sempre está expressa tal estipulação, aceitando-as as partes tacitamente. A hipótese da venda a prazo é aceitável, assim, apenas para justificar o costume de ser efetuado o pagamento de coisas entregues no domicílio do vendedor ou no do comprador. Em essência, o lugar do pagamento é aquele em que a coisa é entregue, ficando, assim, sem aplicação prática à compra e venda mercantil, o princípio emanado do art. 327 do Código Civil, segundo o qual o pagamento é devido no domicílio do devedor, ou seja, do comprador.

Aliás, nas vendas à vista ou de contado, o pagamento comumente se faz *contra* a entrega da mercadoria. É o que se vê nas compras de pequenos objetos, nas lojas ou armazéns, em que, ao receber a coisa, o comprador faz a entrega do preço, liquidando-se, assim, a operação.

142. Modo de pagamento – Deverá o pagamento ser realizado pelo modo ajustado entre as partes; assim não fazendo, o comprador responde por perdas e danos (Código Civil, arts. 402 e 403).

Deve, também, o pagamento ser integral ou *por inteiro*, salvo se se ajustou fazê-lo parcialmente. O art. 314 do Código Civil, ao tratar das obrigações divisíveis, é claro ao estatuir que:

“Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.”

O art. 439 do Código Comercial de 1850 também dispunha que:

“O credor não pode ser obrigado... a receber por parcelas o que for devido por inteiro.”

O Código Civil abre algumas exceções que, mesmo assim, não alteram a regra geral.

É bastante comum o ajuste entre as partes do pagamento do preço em parcelas e essa prática deu mesmo lugar a um modo especial de vendas, bastante expandido atualmente, as chamadas *vendas a prestações*. Com a finalidade de aumentar seus negócios, muitas empresas comerciais chegaram a criar departamentos especializados em vendas a prestações, os chamados *crediários*, que têm tido tanta aceitação que muitas empresas, mesmo, são criadas para operar apenas com esse sistema de vendas. De acordo com a concorrência, são oferecidas facilidades aos compradores, algumas casas chegando a afirmar que farão negócios “sem entrada e sem fiador”, ou seja, sem que uma prestação maior seja dada por ocasião de ser firmado o contrato e sem que uma pessoa estranha garanta, mediante fiança, o pagamento da compra realizada. Em geral, para fazer face aos riscos que correm com tais operações, essas casas elevam o preço das mercadorias vendidas a prestações, a título de juros ou com outras quaisquer denominações. Esse sistema de vendas se, por um lado, aumenta o número de negócios do vendedor, proporcionalmente maiores lucros, e de certo modo permitindo ao comprador adquirir mercadorias de preços elevados, o que lhe seria impossível se o pagamento

fosse por inteiro ou à vista, por outro lado, dada a facilidade com que o crédito é usado pelo comprador, dificulta bastante a vida deste, que se vê, muitas vezes, preso, anos seguidos, por diversas obrigações nesse sentido, sem possibilidade, assim, de movimentar seus rendimentos livremente, enquanto perdurarem tais obrigações.

Nas vendas com reserva de domínio (*supra*, nº 78), o pagamento do preço é, em geral, feito parceladamente; mas, nesse caso, como já ficou dito, o comprador só se integra no domínio da coisa com o pagamento da última prestação.

143. Forma de pagamento – Em regra, os pagamentos efetuados no Brasil devem ser feitos em moeda nacional (Código Civil, art. 315). São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial (Código Civil, art. 318). Entretanto, se o lugar onde o pagamento se deve efetuar é fora do Brasil, será ele feito na moeda que aí correr. E é mesmo bastante comum, no comércio exterior, em operações de importação ou exportação, convencionar-se o pagamento em determinada moeda (dólar, libra, marco, peso, franco ou lira). Para tal, entretanto, sujeita-se o comprador a converter moeda nacional em moeda estrangeira ao câmbio vigorante no dia do vencimento. Assim, muito embora seja estipulado o pagamento em moeda estrangeira, o comprador não realizará esse pagamento com as moedas estrangeiras que por acaso possuir, mas, através de estabelecimentos bancários para esse fim autorizados, adquirirá essas moedas pelo valor fixado oficialmente e com elas efetuará o pagamento.

B) Obrigação do comprador de receber a coisa

144. Tempo, lugar e modo do recebimento – Uma outra obrigação do comprador, decorrente do contrato de compra e venda, é a do recebimento da coisa. Graças à bilateralidade do contrato, o recebimento da coisa pelo comprador se liga à obrigação do vendedor de entregar a mercadoria vendida. Daí a consequência de serem o tempo, lugar e modo do recebimento os mesmos tempo, lugar e modo da entrega (*supra*, nº 127). Assim quanto ao *tempo*, deve o comprador receber a coisa no prazo estipulado ou, não havendo prazo convencionado, no momento em que pagar o preço. Note-se, contudo, que não estando o vendedor sujeito a entregar a coisa antes de receber o preço, a não ser nas vendas a prazo, em geral o recebimento da coisa, por parte do comprador, se verifica concomitantemente ao pagamento do preço, sendo esse o caso comum nas vendas a retalho, em lojas e armazéns.

Quanto ao *lugar* em que o comprador deve receber a coisa, é segundo a regra do art. 493 do Código Civil, aquele em que a mesma se encontrar, por ocasião da venda, isto é, o mesmo lugar em que o vendedor é obrigado a entregá-la. Podem, contudo, as partes convencionar a entrega em outro lugar, e em tal caso segue-se o estipulado na convenção.

Finalmente, quanto ao *modo* como a coisa deve ser recebida é o mesmo modo como deve ser entregue, isto é, segundo a maneira comum de serem recebidas

coisas da mesma natureza. Assim, se as mercadorias costumam ser entregues em vasilhames, em fardos ou em sacos, desse modo o comprador está na obrigação de recebê-las.

145. Despesas e riscos com o recebimento – Como já foi salientado anteriormente, sendo a coisa entregue ao comprador, as despesas com o recebimento da mesma correm por sua conta. E o transporte do lugar do recebimento para o domicílio do comprador também está a cargo deste, salvo, naturalmente, se, por cláusula contratual, ficar estabelecido que as despesas de transporte da mercadoria correrão por conta do vendedor (cláusula *c & f*, custo e frete), podendo mesmo a essas despesas de transporte ser acrescida, por conta do vendedor, a despesa com o seguro, o que constitui a cláusula *cif*, segundo a qual, no preço da mercadoria, estão incluídos não apenas o seu custo, como, igualmente, as despesas, que deveriam ser pagas pelo comprador, com o seguro e o frete ou valor do transporte da mercadoria.

Quanto aos *riscos*, passando, segundo o Direito brasileiro, com o recebimento da coisa, a sua propriedade para o comprador, natural é que, daí por diante, por conta deste corram os riscos que a mesma venha a sofrer. Ainda mesmo nos contratos em que o vendedor assume a obrigação de pagar as despesas do transporte e do seguro da mercadoria, em vez do comprador (cláusula *cif*), os seus riscos estão a cargo deste, já que a tradição se fez simbolicamente, com a entrega da mercadoria a bordo do navio (*supra*, nº 126).

C) Outras obrigações a cargo do comprador

146. Obrigação de devolver as duplicatas de fatura nas vendas a prazo – Do mesmo modo que ocorre com o vendedor outras obrigações existem a cargo do comprador, sendo as do pagamento do preço e do recebimento da coisa consideradas apenas como suas obrigações principais, decorrentes diretamente do caráter bilateral do contrato de compra e venda. Dentre essas outras obrigações se destaca a de devolver o comprador ao vendedor, nos contratos de compra e venda em que é emitida duplicata da fatura (nas vendas a prazo), a mesma duplicata, devidamente assinada, passando essa a constituir-se título de crédito francamente disponível pelo vendedor. A lei anterior (Lei nº 187, de 15.01.1936) determinava o prazo em que a duplicata devia ser devolvida ao vendedor, isto é, em tempo de estar a mesma em poder do vendedor antes do vencimento, não podendo, contudo, essa devolução exceder de 30 dias, “quando o comprador for estabelecido na mesma praça do vendedor, ou em praça diversa, desde que a mala postal chegue ao local e domicílio do destinatário dentro de 48 horas de sua expedição”; de 60 dias, nos casos não mencionados no item acima; ou de 120 dias, “excepcionalmente, quando o comprador for domiciliado no Estado do Acre, e no interior dos Estados do Amazonas, Pará, Mato Grosso, Goiás e localidades de outros Estados onde as dificuldades de comunicação e transporte exigirem para a devolução prazo superior a 60 dias” (Lei nº 187, de 1936, art. 11).

A lei atual (Lei nº 5.474, de 18.07.1968, Capítulo II, arts. 6º, 7º e 8º) fixa critério diferente para a remessa e devolução da duplicata, estabelecendo que a remessa “poderá ser feita diretamente pelo vendedor ou por seus representantes, por intermédio de instituições financeiras, procuradores ou correspondentes que se incumbam de apresentá-la ao comprador na praça ou no lugar do seu estabelecimento, podendo os intermediários devolvê-la, depois de assinada, ou conservá-la em seu poder até o momento do resgate, segundo as instruções de quem lhes cometeu o encargo” (art. 6º). O prazo da remessa da duplicata será de 30 dias, contados da data da emissão; sendo a remessa feita por intermédio de representantes, instituições financeiras, procuradores ou correspondentes, “estes deverão apresentar o título ao comprador dentro de 10 dias contados da data do seu recebimento, na praça de pagamento” (art. 6º, § 2º). Quando não for à vista, a duplicata deverá ser devolvida pelo comprador ao apresentante dentro do prazo de 10 dias, contado da data da apresentação, “devidamente assinada ou acompanhada de declaração, por escrito, contendo as razões da falta de aceite” (art. 7º). Ainda estatui a lei que, “havendo expressa concordância da instituição financeira cobradora, o sacado poderá reter a duplicata em seu poder, até a data do vencimento, desde que comunique, por escrito, à apresentante, o aceite e a retenção (art. 7º, § 1º), servindo essa comunicação para substituir, quando necessário, a duplicata, nos atos de protesto ou na ação executiva de cobrança (art. 7º, § 2º).

Por último, dispõe a lei atual (art. 8º) que o devedor só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco; por vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados; ou por divergências nos prazos ou nos preços ajustados.

Como se vê, foi substancial a modificação do critério feito pela lei atual, em relação à lei anterior, na remessa e devolução das duplicatas cuja emissão, como acima foi dito, já hoje não é obrigatória, nas vendas a prazo, mas meramente facultativa.

XIII

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

147. **A introdução da alienação fiduciária no Direito brasileiro** – Tendo em vista melhor amparar o crédito em vendas de bens móveis, introduziu o Governo, no Direito brasileiro, a *alienação fiduciária em garantia*, instituto que passou a ser usado, em larga escala, principalmente nas vendas de aparelhos eletrodomésticos e veículos automotores.

Se bem que, anteriormente a essa introdução legislativa, a alienação fiduciária em garantia fosse bastante usada através de negócios simulados, só com a Lei nº 4.728, de 14.07.1965, que disciplinou o mercado de capitais, foi regulada legislativamente a alienação fiduciária em garantia, a ela sendo dedicado o art. 66 daquele diploma legal. Mas, a maneira imprecisa com que foi lançado o instituto de certo modo impedia a sua utilização em escala apreciável. Por tal razão, procurando sanar as várias imperfeições do dispositivo legal, notadamente na parte processual, houve por bem o Governo modificá-lo, dando-lhe nova redação, ampliando e estabelecendo normas processuais, o que foi feito pelo Dec.-Lei nº 911, de 01.10.1969. O Código Civil de 2002 complementa esse Dec.-Lei ao abordar a alienação fiduciária pelo viés da propriedade fiduciária, nos arts. 1.361 a 1.368.

Consiste a alienação fiduciária em garantia na operação em que, recebendo alguém financiamento para aquisição de bem móvel durável, aliena esse bem ao financiador, em garantia do pagamento da dívida contraída. Segundo o Código Civil, “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (art. 1.361).

A pessoa que recebe o financiamento e aliena o bem em garantia tem o nome de *alienante* ou *fiduciante*; o credor ou financiador que adquire o bem em garantia é chamado de *fiduciário*. A característica desse contrato é o fato de ao *fiduciário* (credor ou financiador) ser transferido o *domínio* resolúvel e a *posse indireta* da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem. Este ficará em poder do devedor ou *fiduciante*, que passa a ser o *possuidor direto e depositário* do bem, com todas as responsabilidades e todos os encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal (art. 66 da Lei nº 4.728, com redação dada pelo Dec.-Lei nº 911).

Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se, pois, o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa (Código Civil, art. 1.361, § 2º). O credor, financiador ou fiduciário, passa a ter uma propriedade fiduciária.

Destacados autores que têm estudado a introdução, entre nós, da alienação fiduciária em garantia,¹ procuram esclarecer a sua natureza jurídica e a aproximação com outros contratos, notadamente com a venda com reserva de domínio e o penhor. Trata-se, evidentemente, de uma venda *condicional*, mas é inegável que, se bem que se aproxime de vários outros contratos, a alienação fiduciária em garantia tem características próprias, pelo fato de ser feita a alienação da coisa pelo devedor, mas ser *resolúvel* a transferência do domínio, o que significa que, uma vez paga, no modo ajustado, a dívida contraída, *perde o credor aquele domínio que lhe fora transferido apenas em garantia*. Por esse fato se vê que a alienação fiduciária em garantia difere bastante do penhor e da venda com reserva de domínio, pois no penhor a propriedade da coisa fica com o devedor e na venda com reserva de domínio essa propriedade não sai do vendedor a não ser quando é pago integralmente o preço da coisa vendida. Na alienação fiduciária *o devedor*, financiado, ao adquirir o bem com o financiamento, *integra-se no domínio do mesmo*, mas *transfere esse domínio ao credor em garantia da dívida contraída*, resolvendo-se, entretanto, isto é, deixando de integrar-se o bem vendido em garantia no patrimônio do credor desde que essa dívida seja paga no prazo ajustado. Mais ainda: a própria lei impede que o credor, não paga a dívida, fique com o bem, integrando-se plenamente o domínio do mesmo no seu patrimônio (já que ele tem esse domínio mas apenas *para garantia da dívida*), vendendo-o, em caso do não cumprimento da obrigação por parte do devedor, para, com o produto, pagar-se, sendo devolvida ao alienante (*devedor*) o que sobrar da venda (art. 66 da Lei nº 4.728, § 4º, com a redação dada pelo Dec.-Lei nº 911; Código Civil, arts. 1.364 a 1.366: “Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta. Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante.”

O contrato de alienação fiduciária em garantia só se realiza com bens móveis e, apesar de não ter forma especial prescrita na lei, só se prova por escrito, por instrumento público ou particular, qualquer que seja o seu valor. Esse instrumento probatório do contrato deve ser, obrigatoriamente, arquivado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de

1 Orlando Gomes, *Alienação fiduciária em garantia*, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, 1971; Nestor José Foster, *Alienação fiduciária em garantia*, Porto Alegre, 1970; Osvaldo Opitz e Sílvia C. B. Opitz, *Alienação fiduciária em garantia*, Borsoi, 1970; José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, Ed. Saraiva, 1973.

veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro, sob pena de não valer contra terceiros (Código Civil, art. 1.361, § 1º).

148. O instrumento da alienação fiduciária. Requisitos – Deve o instrumento de alienação fiduciária em garantia conter, além de outros dados julgados necessários para o esclarecimento da operação, o total da dívida ou sua estimativa, o local e a data do pagamento, a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida, e, eventualmente, a cláusula penal e estipulação da correção monetária, com a indicação dos índices aplicáveis, além da descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação (Lei nº 4.728, art. 66, § 1º, *a, b, c e d*, de acordo com a redação dada pelo art. 1º do Dec.-Lei nº 911 e art. 1.362 do Código Civil).

Poderá o instrumento de alienação fiduciária ser lavrado mesmo antes de ser o devedor proprietário da coisa objeto do contrato; nessas condições, o domínio se transferirá ao credor no momento em que o devedor adquirir a propriedade da coisa, não havendo, em tal caso, necessidade de qualquer formalidade posterior para essa transferência de domínio. A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária (Código Civil, art. 1.361, § 3º).

A coisa alienada em garantia em regra é identificada no instrumento por números, marcas ou sinais. Se assim não acontecer, cabe ao proprietário fiduciário (credor) o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

149. Direitos do credor – Havendo inadimplemento, por parte do devedor, da obrigação garantida, pode o credor, na qualidade de proprietário fiduciário, vender a coisa a terceiro e aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo que houver (Lei nº 4.728, art. 66, § 4º). Essa venda pode ser feita independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial (Dec.-Lei nº 911, art. 2º). Constando a dívida de várias obrigações ocorrendo mora, pode, igualmente, ser o bem vendido para com o seu produto, o credor se pagar. A mora decorrerá do simples vencimento do prazo de pagamento, total ou parcial, podendo ser comprovada por carta expedida através do Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, quando houver. E o inadimplemento de uma das obrigações ou a ocorrência, legal ou convencional, de algum dos casos de vencimento antecipado da dívida, facultará ao credor considerar vencidas, de pleno direito, todas as demais obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial (Dec.-Lei nº 911, art. 2º, § 3º).

O credor tem o direito de requerer, contra o devedor ou terceiro que detenha a coisa alienada fiduciariamente, a busca e apreensão da mesma, que será concedida, liminarmente, pelo juiz, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. Despachada a inicial e executada a liminar de busca e apreensão, o réu será citado para, dentro de três dias, apresentar contestação. Nessa, só pode alegar

o pagamento do débito ou o cumprimento das obrigações contratuais. Se, entretanto, já tiver pago 40% da dívida pode pedir a purgação da mora caso em que o juiz marcará data para o pagamento que deverá ser feito em prazo não superior a 10 dias. Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz dará sentença de plano, no prazo de cinco dias após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem (Dec.-Lei nº 911, art. 3º e §§).

Não sendo encontrado ou não estando na posse do devedor o bem alienado fiduciariamente, pode o credor, querendo, para haver o seu crédito, intentar a ação de depósito ou recorrer à ação executiva (Dec.-Lei nº 911, arts. 4º e 5º). Sendo o contrato garantido por aval ou por fiança, o avalista ou o fiador, ou mesmo terceiro interveniente interessado em pagar a dívida, pagando-a, sub-rogar-se-á, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária (Dec.-Lei nº 911, art. 6º, e Código Civil, art. 1.368).²

Por último, havendo falência do devedor-alienante, fica assegurado ao credor o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente (Dec.-Lei nº 911, art. 7º). Merecem atenção, contudo, o disposto nos arts. 49, § 3º, e 6º, § 4º, da Lei nº 11.101, de 09.02.2005. Segundo esses dispositivos, nos procedimentos de recuperação judicial do empresário, tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis, não se permite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial durante o prazo de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor; esse prazo, improrrogável, é de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação.

150. Utilidade e aplicação do contrato – Tais são, em linhas gerais os princípios do contrato de alienação fiduciária em garantia, introduzindo em nosso Direito pelo art. 66 da Lei nº 4.728, ampliadas e melhoradas suas normas pelo Dec.-Lei nº 911, de 01.10.1969 e pelo Código Civil de 2002. Principalmente depois que foi melhor disciplinado pelo Dec.-Lei nº 911, esse contrato tem sido largamente usado no comércio de bens móveis duráveis, atendendo ao chamado *crédito direto ao consumidor*. Dúvidas têm surgido quanto ao poder de ser ele utilizado apenas pelas sociedades de crédito e financiamento ou, igualmente, por empresas outras que não aquelas sociedades. Chamados a decidir a respeito, juízes e tribunais têm quase unanimemente,³ decidido que somente às sociedades de financiamento cabe realizar

2 Sobre o assunto, v. o RE nº 84.695 (Rev. Trim. de Jurisprudência, 80/934), de que foi relator o Min. José Carlos Moreira da Fonseca, e os comentários que sobre o mesmo fez o jurista Paulo Restiffe Neto (*Questões sobre execução em alienação fiduciária*, “O Estado de S. Paulo”, 13.06.1982) que conclui afirmando: “Em conclusão, é possível a *simultânea* propositura de ações de busca e apreensão ou de depósito contra o devedor alienante e de execução contra o avalista”.

3 No sentido de só poder o contrato ser feito com sociedade de financiamento: Sexta Câmara do Tribunal de Justiça de S. Paulo – Agr. de Instrumento nº 176.242, S. Vicente, Ac. de 13.02.1969.

tais operações, justificando essa limitação pelo fato de ter sido a introdução legal desse contrato em nosso Direito feita através da lei que trata sobre o mercado de capitais. Para tanto recorrem, quase sempre, ao ensinamento de Orlando Gomes que, na obra que escreveu a respeito, em várias passagens reconhece a privatividade das financeiras para a realização de tais operações.

Contudo, parece-nos que não deve haver obstáculos para a realização desses contratos por empresas outras que não as sociedades de crédito, financiamento e investimento, desde que observadas certas cautelas no que se refere à elaboração do contrato. O próprio Prof. Orlando Gomes, no final do seu trabalho, abordando o assunto, depois de afirmar que a rigidez da lei, no que tange ao devedor, como, por exemplo no “processo autônomo e enérgico” da busca e apreensão, “foi admitida no interesse de assegurar às financeiras um meio eficiente e pronto de realização do seu crédito”, conclui que “... a extensão da lei a negócios da mesma configuração *deve ser admitida por meio de uma interpretação que extirpe as particularidades inspiradas no interesse político de estabilizar o mercado de capitais*”.⁴

A lei atual, reguladora da alienação fiduciária em garantia, Dec.-Lei nº 911, de 01.10.1969, dispõe, no art. 4º, que “o avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária”. Essa mesma norma é reproduzida no art. 1.368 do Código Civil (“O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária”). Ambas permitem, assim, taxativamente, que um terceiro, que não instituição financeira, se constitua, excepcionalmente, em credor fiduciário, posição que, pela interpretação estrita que se tem dado à lei, só poderia ser ocupada por uma sociedade financeira. É verdade que, aí, o contrato já está feito, havendo apenas mudança de posição do credor. Mas esse fato não invalida o outro, de poder alguém, *que não sociedade financeira*, ser credor fiduciário em alienação fiduciária em garantia, podendo, inclusive, havendo falência do devedor-alienante, pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente, na forma do art. 7º do Dec.-Lei nº 911.

Deve ser notado, entretanto, que, cabendo às instituições financeiras a privatividade das operações de empréstimo de dinheiro (de que o financiamento ao consumidor que deseja adquirir um bem, mas não possui recursos suficientes para tal, é uma modalidade), a operação inicial terá sempre a participação de instituição financeira que será o credor original.

No sentido de poder o contrato ser feito por outros que não as sociedades de financiamento: Oitava Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, Ac. de 25.08.1971.

4 Orlando Gomes, ob. cit., nº 134. Analisando os dispositivos do art. 66 da Lei nº 4.728 e do Dec. nº 911, de 1969, o Prof. José Carlos Moreira Alves é de opinião que a alienação fiduciária deve ser feita pelas instituições financeiras “em sentido amplo” (donde poder também ser feita por bancos “e por entidades estatais e paraestatais”), em virtude de leis posteriores haverem permitido a alienação fiduciária com o INPS, cf. Dec. nº 62.789, de 30.05.1968, e com instituições emissoras de cédula de crédito rural (Dec. nº 413, de 09.01.1969). V. a respeito José Carlos Moreira Alves, ob. cit., p. 102.

XIV

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

151. Noção – Muitas vezes, as partes que desejam realizar um contrato de compra e venda entram em acordo sobre a coisa e o preço, mas convencionam que o contrato só se celebrará, em caráter definitivo, em época posterior a esse acordo. Ficam, desse modo, vinculadas entre si, mas apenas para a celebração do contrato em data posterior. A esse acordo dá-se o nome de *promessa de compra e venda*, e se bem que seja mais frequente em operações sobre imóveis pode, também, realizar-se sobre coisas móveis, entrando, assim no âmbito do Direito Empresarial.

152. Orientação legislativa – Nem o Código Civil de 1916 nem o Comercial de 1850 possuíam dispositivos a respeito da promessa de compra e venda. Alguns Códigos estrangeiros como o francês (art. 1.589), dispuseram a respeito dessa importante matéria, tendo o Código Civil português de 1987 regulado este contrato com o nome de *contrato-promessa*, nos arts. 410 e segs. e 830. Pelo art. 410:

“À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, excetuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devem considerar extensivas ao contrato-promessa.”

E no art. 830 acrescenta:

“Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso sempre que a isso se não oponha a obrigação assumida.”¹

Como, no Brasil, muito se desenvolveram os negócios imobiliários, nos quais as partes convencionam firmar a escritura definitiva posteriormente, o legislador, para maior garantia do promitente-comprador, baixou leis especiais em que há nor-

1 “Código Civil português, aprovado pelo Dec.-Lei nº 47.344, de 25.11.1966, com índice e revisão do Prof. F. A. Pires de Lima, da Universidade de Coimbra”, Coimbra Editora Limitada, 1967, arts. 410 e 830. V. Abel Pereira Delgado, *Do Contrato-Promessa*, Lisboa, Livraria Petrony, 1978, pp. 13 e segs.

mas regulando a *promessa de compra e venda de imóveis a prestações* (Dec.-Lei nº 58, de 10.12.1937; Lei nº 649, de 11.03.1949).

O Código Civil de 2002, na Parte Especial, Livro III (Direito das Coisas), Título IX (Do Direito do Promitente Comprador), arts. 1.417 e 1.418, trata da promessa de compra e venda de bens imóveis:

“Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”

“O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.”

Em comércio é pouco usual a promessa de compra e venda, mas nada impede que as partes convençionem realizar o contrato posteriormente, firmando, antes, as suas bases.

O Código Civil de 2002 regula o contrato preliminar na Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), no Título V (Dos Contratos em Geral), no Capítulo I (Disposições Gerais), na Seção VIII (Do Contrato Preliminar), nos arts. 462 a 466:

“Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.”

Cumprido notar que o contrato preliminar pode versar sobre uma compra e venda – e nesse caso se trata de uma *promessa de compra e venda* – ou sobre outros contratos de natureza comercial, como, por ex., o transporte.

153. Natureza jurídica – Não restam dúvidas de que a promessa de contrato, também chamada de *contrato preliminar*,² *pacto preliminar* ou *pré-contrato*, de

2 É a denominação que lhe dá o Projeto de Código de Obrigações, Tít. VIII, Cap. I. A mesma denominação foi mantida pelo Projeto de Código Civil de 1975 (arts. 461 a 465).

que é mais conhecida a promessa de compra e venda, *é um verdadeiro contrato*, em que há um acordo de vontades das partes que possuem interesses antagônicos com a finalidade de constituir uma relação jurídica de ordem patrimonial. Na realidade, quando as partes realizam uma promessa de compra e venda estão criando uma obrigação, ou seja, a obrigação de, *mais tarde*, ser efetivamente feito um *contrato definitivo*, nas bases convencionadas nesse *acordo preliminar*. Mantém-se nesse contrato definitivo o acordo sobre coisa, preço e condições, o que significa que o estabelecido na promessa de compra e venda vigora até o momento em que o contrato definitivo é celebrado. Dessa maneira, a promessa de compra e venda *é um contrato visando a fazer com que as partes que o integram posteriormente realizem um outro contrato*, este definitivo, dentro das bases anteriormente estabelecidas sobre coisa, preço e condições.

Algumas dúvidas já surgiram quanto a saber-se se a promessa de compra e venda é um contrato *unilateral* ou *bilateral*. Escritores há que sustentam ser ela um contrato unilateral, criando obrigações apenas para uma das partes, seja o vendedor ou o comprador. Assim, se alguém se compromete a vender a outro uma partida de mercadoria por um preço fixado ficará o vendedor adstrito a conservar referido preço, de acordo com o combinado, não existindo, contudo, obrigação para o comprador, que poderá, mais tarde, se julgar conveniente, deixar de fazer a compra.

Contra essa doutrina surgiram fortes opositores, alegando que, assim acontecendo, não se trata, de uma promessa de compra e venda e sim simplesmente de uma *proposta* feita pelo vendedor ao comprador, obrigando-se aquele a aguardar o pronunciamento deste para a conclusão do contrato. De fato, quando as partes entram em entendimentos preliminares para a conclusão de um contrato de compra e venda, estão concluindo um contrato, não com a finalidade de transmitir o domínio da coisa mediante o pagamento de um preço certo, mas sim com a finalidade de criar a obrigação, para ambas as partes, de posteriormente ser celebrado outro contrato dentro das bases previamente ajustadas. Seria, desse modo, um contrato *bilateral*, já que ambos os contratantes assumem a obrigação de realizar um contrato definitivo como que oficializando aquilo que foi previamente combinado, e que está em vigor, mas que ainda não assumiu força executória, pois, na realidade, essa irá decorrer do contrato definitivo.³

Com a vigência do Código Civil de 2002, essa controvérsia doutrinária esmaeceu. O art. 466, sob o título *Do Contrato Preliminar*, deixa claro que a promessa

3 Pelo Projeto de Código de Obrigações de 1965, o contrato preliminar pode ser unilateral ou bilateral. A maneira como está redigido o art. 352 do Projeto dá a entender que o contrato preliminar é não um contrato, mas um ato unilateral de vontade. O Projeto de Código Civil de 1975 considera, em princípio, o contrato como bilateral (arts. 463 e 464), mas admite que, “se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se dentro no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, dentro no que lhe for assinado pelo devedor” (art. 465). Aliás, no nosso entender, não há uma *promessa de contrato*, mas um *contrato de promessa*, como o denomina o Código Civil português (art. 410 e segs.).

de contrato tanto pode ser bilateral quanto unilateral, ao dispor o seguinte: “Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.”

154. Responsabilidade das partes contratantes – Assim sendo, ambas as partes contratantes assumem a obrigação de realizar um contrato definitivo. E por tal razão, se uma delas, posteriormente, recusar-se a cumprir o prometido, vale dizer, realizar o contrato, à outra cabe o direito de pedir o cumprimento dessa obrigação, ou de ressarcir-se com perdas e danos. Note-se bem: o que o contratante da promessa de compra e venda pode pedir é que outra parte, cumprindo a obrigação assumida, realize o contrato. Não pedirá o promitente-vendedor o pagamento do preço, nem o comprador a transferência do domínio: esses são atos que decorrem do contrato de compra e venda, que é também um contrato bilateral. O que compete a ambos exigir é o cumprimento da obrigação por eles assumida, isto é, *que o contrato de compra e venda seja concluído*. Só esse é que tem força para transmitir o domínio. Na promessa, o que ambas as partes visam é a realização de um contrato que tenha caráter definitivo, para que, por esse contrato, o domínio da coisa possa passar do vendedor para o comprador e o pagamento do preço possa, igualmente, ser reclamado por parte do vendedor.

Em tais condições, deve-se considerar a promessa de compra e venda como um contrato firmado pelas partes, tendo por finalidade fazer com que essas, posteriormente, realizem um contrato definitivo, pela qual ambas ficam com direitos e obrigações decorrentes desse novo contrato.

Em algumas hipóteses, dependendo da natureza da obrigação assumida e de acurado exame das cláusulas contratuais, em caso de inadimplência de uma das partes, o interessado poderá promover a execução específica do contrato de promessa de compra e venda, requerendo ao juiz que supra a vontade da parte inadimplente (Código Civil, art. 464).

XV

OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

Capítulo Quarto

TRANSPORTE DE COISAS E DE PESSOAS

XV

OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

155. Nota introdutória do atualizador – Na edição anterior desta obra ainda não vigorava o Código Civil de 2002. O Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916 não tratavam sistematicamente do contrato de transporte. A matéria era tratada em algumas leis esparsas e num conjunto enorme de decretos que tratavam quase que exclusivamente, do transporte ferroviário. Ao escrever sobre o contrato de transporte, na edição anterior desta obra, Fran Martins, com a precisão e o cuidado que caracterizavam os seus trabalhos, citava ou indicava com frequência dispositivos dessas leis esparsas e desses decretos. O Código Civil de 2002 tratou sistematicamente do contrato de transporte nos arts. 730 a 756, mas limitou-se a estabelecer algumas regras gerais e não revogou expressamente as leis que tratam do transporte ferroviário, o que evoca a regra de hermenêutica *lex generalis non derogat lex specialis*. Além disso, destaque-se o seguinte: **a)** em 25 de abril de 1991, o então Presidente Fernando Collor baixou um decreto sem número, com a seguinte ementa: *Mantém reconhecimento de cursos e autorizações nos casos que menciona e dá outras providências*; **b)** no art. 4º desse decreto lê-se o seguinte: “Art. 4º Declaram-se revogados os decretos relacionados no Anexo”;¹ **c)** no “Anexo” são arrolados vários decretos citados ou indicados por Fran Martins e omitidos outros. Por todas essas razões, o atualizador: **a)** levando em conta o seu empenho para preservar ao máximo o espírito da obra revisada e o estilo do seu autor; **b)** considerando que o Código Civil de 2002, ao tratar sistematicamente do contrato de transporte, deixou de abordar vários aspectos enfrentados pela normação anterior, revogada ou não; e **c)** considerando que diversas normas citadas de decretos revogados podem ajudar o operador do direito nas omissões do Código Civil de 2002, optou por manter as citações e indicações constantes da edição anterior, tomando o cuidado de informar, tanto quanto possível, sobre a sua revogação ou vigência.

O Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916 não disciplinavam sistematicamente o contrato de transportes. Antes da vigência do Código Civil

1 V. <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>; sítio consultado em 19.10.2007.

de 2002, a matéria era tratada, principalmente, por Decretos, que aprovavam Regulamentos de Transportes Ferroviários. Regulamentos, geralmente casuísticos e minuciosos, costumam ofuscar e obnubilar os princípios maiores, que se escondem por detrás de suas regras.

Apesar disso, na prática, a força dos usos e costumes no Direito Comercial e a boa aplicação das normas dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942) permitiram que os contratos de transporte se desenvolvessem normalmente:

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Teoricamente, as omissões dos Códigos Comercial de 1850 e Civil de 1916, bem como a multiplicidade e transitoriedade das regras dificultavam enormemente a sistematização do contrato de transporte pelos doutrinadores. O Código Civil de 2002 aproveitou o substrato dos Regulamentos acima referidos, assimilou lições doutrinárias e jurisprudenciais, concentrou-se nos princípios e tratou do contrato de transportes de maneira sistematizada nos arts. 730 a 756. Nesses artigos refletiu-se a filosofia do Código Civil de 2002, assim explicitada por Miguel Reale: “o Código Civil de 2002 surge como um ordenamento jurídico constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização, que enfatiza valores, princípios e critérios: valores sociais e éticos; princípios de eticidade, socialidade, concreção ou concreitude, operabilidade e outros; critérios de equidade.”²

Várias dificuldades hermenêuticas continuarão, contudo, a desafiar os juristas, principalmente no tocante à responsabilidade civil do transportador. Nem todos os textos legais sobre o transporte ferroviário foram revogados pelo Código Civil de 2002. Influem no tratamento da responsabilidade civil do transportador o Código de Defesa do Consumidor, os textos legais que tratam especificamente do transporte multimodal, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19.12.1986), bem como as normas do Código Comercial de 1850 sobre o transporte marítimo. Vale lembrar que, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º).

PRINCÍPIOS GERAIS

155-A. Noção – Por contrato de transporte entende-se aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga a transportar pessoa ou coisa, de um local para outro, mediante o pagamento de um preço. Esse é, sem dúvida, um dos contratos mais comuns na vida comercial, tendo em vista que a circulação das mercadorias é uma das características do comércio. É, igualmente, um contrato que dia a dia

2 Reale, Miguel. *Sentido do novo Código Civil*. In: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/sentncc.htm>. Site consultado no dia 23.01.2007.

vai ampliando o seu campo de ação, em virtude, principalmente, do progresso dos elementos utilizados para transportar mercadorias ou pescas. Com a evolução da técnica, novos meios de transporte vão sendo empregados com sucesso: partindo dos transportes por meio de animais ou barcos, passou-se ao transporte por navios, por trens, automóveis, aviões, adutoras destinadas a conduzir líquidos, como água, petróleo e gás das fontes produtoras ou de armazenamento para mercados consumidores situados a longas distâncias. E, se a técnica continuar a evoluir, poderemos, no futuro, contar com outros meios capazes de transportar para lugares diferentes pessoas ou coisas. Assim, por exemplo, não está impossível que amanhã tenhamos transportes de mercadorias em tubos a vácuo, para longas distâncias, como hoje já se faz, por exemplo, para o transporte de correspondência em cidades (na França, em Paris, a remessa de cartas de uma parte para outra da cidade é feita, nos Correios, por tubos a vácuo, chamados *pneumatiques*, com grande rapidez). O mesmo poderá acontecer com novos engenhos espaciais.

De qualquer forma, os meios de que se utilizam os veículos que servem para transportar pessoas ou coisas são a terra firme, o mar, os rios navegáveis ou lagos e o espaço aéreo, donde em geral serem divididos os transportes em *terrestres*, *marítimos* e *aeronáuticos*. Compreendendo os direitos *marítimo* e *aeronáutico* ramos especializados do Direito Comercial, aqui nos referiremos apenas aos transportes *terrestres*, deixando para focalizar os outros quando nos detivermos naqueles setores do Direito Comercial.

156. O transporte de mercadorias no Código Comercial de 1850 – O Código Comercial não possuía capítulo especial dedicado ao transporte terrestre, como acontece com outros contratos, apenas se referindo, nos arts. 99 a 118, aos *condutores de gêneros e comissários de transporte*. Era natural que assim acontecesse, pois, ao ser promulgado o Código, em 1850, ainda eram por demais precários os meios de transporte terrestre utilizados no Brasil. Se bem que já houvesse corrido, na Inglaterra, a primeira locomotiva a vapor e no Brasil, desde 1835, tivesse sido lançada a ideia de se construir uma estrada de ferro (Resolução nº 101, da Assembleia Geral Legislativa, de 31.10.1835), somente em 1854 foi inaugurada a Estrada de Ferro Mauá, ligando o Rio de Janeiro a Petrópolis, graças à iniciativa do Barão de Mauá. Assim sendo, limitou-se o Código a tratar das atribuições e responsabilidades dos *condutores de gêneros e comissários de transportes*, que considerava meros “agentes auxiliares do comércio” (Título III da 1ª parte), incluindo entre referidos condutores de gêneros “os barqueiros e tropeiros”, além de quaisquer outros “que do seu transporte se encarreguem, mediante uma comissão, frete ou aluguel”. E para se ter ideia de como então eram feitos os transportes, basta ver que o art. 108 do Código Comercial estatuiu constituir hipoteca tácita a favor do transportador, para garantia do frete das mercadorias transportadas, *as bestas, carros, barcos, aparelhos e todos os instrumentos principais e acessórios dos transportes*.

Assim mesmo, apesar das circunstâncias da época em que foi promulgado, o Código Comercial de 1850, nos arts. 98 a 118, dispôs várias regras que perdu-

raram por muito tempo, apesar do espantoso desenvolvimento que tomaram os métodos de transportes de um século para cá. Tratando, apenas, dos transportes de coisas e mercadorias, o Código Comercial de 1850, depois de se referir à diligência que devia ter o transportador para cumprir a sua obrigação, praticando, inclusive, atos por conta do remetente ou carregador a fim de que as mercadorias não se estragassem (art. 99) e de estipular a exigência de uma “cautela ou recibo, por duas ou mais vias” (art. 100), que posteriormente foi transformada no conhecimento de transporte (Dec. nº 19.473, de 10.12.1930), detinha-se sobre a responsabilidade do condutor ou transportador, que “começa a correr desde o momento em que recebe as fazendas (mercadorias), e só expira depois de efetuada a entrega” (art. 101), adiantando que *durante o transporte corre por conta do dono o risco que as fazendas sofrerem, proveniente do vício próprio, força maior ou caso fortuito*, cabendo, porém, a prova dos sinistros ao condutor ou transportador (art. 102). Se, entretanto, não ocorresse vício próprio da coisa, caso fortuito ou força maior, as perdas ou avarias das mercadorias cabiam ao transportador (art. 103), o qual era também responsável, mesmo em caso fortuito ou vício próprio da coisa, se tais atos se verificassem por sua negligência (art. 104).

A responsabilidade do transportador, contudo, era limitada às mercadorias constantes da cautela ou recibo (art. 105) e se as avarias apenas servissem para diminuir o valor dos gêneros, respondia ele somente pelos prejuízos (art. 106). Tais prejuízos, bem como os ocasionados pela não entrega de mercadorias, eram liquidados por meio de árbitros que para tanto se valiam das cautelas ou recibos (art. 107). Para garantia das mercadorias entregues aos transportadores os condutores ou remetentes tinham hipoteca sobre os animais, barcos e acessórios utilizados pelos transportadores, do mesmo modo que os transportadores tinham o mesmo privilégio quanto às mercadorias, para pagamento do frete (arts. 108 e 117), princípio que, com o desaparecimento da hipoteca tácita no direito brasileiro, foi transferido para o *direito de retenção*, no caso de não pagamento do frete (Dec. nº 19.473, de 10.12.1930, modificado pelo Dec. nº 19.754, de 12.03.1931). As mercadorias eram entregues aos destinatários mediante recibo; passado esse recibo sem reclamação quanto à diminuição ou avaria das mercadorias, o transportador ficava isento de responsabilidade (art. 109).

As condições do momento em que o Código Comercial de 1850 foi promulgado de tal modo nele se refletiam, quanto aos transportes, que até dispositivos passaram a existir regulando os caminhos que o transportador deveria seguir, não podendo deles variar, a não ser que estivessem intransitáveis ou oferecessem risco maior (art. 110). A entrega deveria ser feita no dia aprazado, sob pena de responder o transportador por indenização dos danos que resultassem da baixa de preço ou diminuição da quantidade do gênero, se fosse líquido (art. 111).

Os demais dispositivos do Código Comercial de 1850 se referiam à rapidez do transporte de coisa quando não havia prazo de entrega estipulado (art. 112); à variação da consignação ou mudança do destinatário (art. 113); à entrega àquele que possuía título que o autorizasse a receber a mercadoria (art. 114), à responsabilidade dos transportadores, por omissão sua ou de seus prepostos, no tocante

aos requisitos das leis fiscais (art. 115) e ao direito que têm os transportadores de receber o preço do frete no ato da entrega da mercadoria (art. 116). Essas regras não eram aplicáveis apenas aos tropeiros, mas, igualmente, “aos donos, administradores e arrais de barcas, lanchas, saveiros, fáluas, canoas e outros quaisquer barcos de semelhante natureza empregados no transporte de gêneros comerciais” (art. 118). Tais eram os primitivos meios e veículos então utilizados para os transportes terrestres ou de pequena navegação, que se incluíam entre estes.

157. Legislação posterior ao Código Comercial de 1850. Estradas de ferro – Apesar das insuficiências dos dispositivos do Código Comercial, no tocante ao contrato de transporte, muito tempo se passou sem que novos dispositivos legais viessem regular tão importante assunto. Até recentemente, não existia, no Brasil, legislação apropriada aos transportes terrestres; o contrato, em si, era normalizado apenas por *regulamentos*, renovados periodicamente, e dizendo respeito, principalmente, aos transportes ferroviários.

Inaugurada, em 1854, nossa primeira estrada de ferro, outras lhe seguiram e em breve o Brasil passou a contar com um bom número desses caminhos, com regular movimento de passageiros e de mercadorias. Natural seria que o legislador procurasse atualizar as regras do Código Comercial sobre os transportes de mercadorias e disciplinasse o transporte de passageiros.

Assim, porém, não aconteceu. Realmente, em 1857, foi baixado um *regulamento sobre transportes ferroviários*, pelo Decreto nº 1.930, de 26 de abril daquele ano, mas tal regulamento, contendo normas que logo perderam a atualidade, vigorou durante 65 anos, até ser substituído pelo *regulamento sobre policia, segurança e tráfego das estradas de ferro*, baixado com o Decreto nº 15.673, de 07.10.1922. Mais tarde surgiram outros regulamentos, como o baixado com o Decreto nº 36.522, de 02.12.1954, e sucessivos *Regulamentos Gerais dos Transportes Ferroviários*, aprovados pelo Decretos nºs 51.813, de 08.03.1963, 90.959, de 14.02.1985, e 1.832, de 04.03.1996, este último atualmente em vigor.³ A partir da década de 1950, o Brasil passou a privilegiar o transporte terrestre rodoviário e as ferrovias entraram em processo de decadência.

A julgar pela movimentação normativa mais recente, poderá ocorrer uma reversão desse quadro de decadência, como demonstrado a seguir:

A Lei nº 5.917, de 20.09.1973, no Governo Emílio G. Médici, aprovou o Plano Nacional de Viação. O seu art. 1º, nº 3, refere-se à conceituação, à nomenclatura e à relação descritiva das ferrovias integrantes do Plano, que constam de um Anexo. Essa lei somente veio a ser regulamentada em 2005, pelo Decreto nº 5.621, de 16.12.2005, no Governo Luiz Inácio Lula da Silva.

3 Pela Lei nº 6.288, de 11.12.1975, foi regulado o transporte de mercadorias, nacional, ou internacional, em unidades de carga (*containers*), inclusive o transporte *intermodal*, que é o em que a mercadoria é transportada utilizando-se duas ou mais modalidades de transporte (art. 8º, IV). Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 80.145, de 17.08.1977.

A Lei nº 10.233, de 05.06.2001, no Governo Fernando Henrique Cardoso, “dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências”.

A Lei nº 11.483, de 31.05.2007, medida integrante do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC), lançado em 28.01.2007 pelo Governo Luiz Inácio Lula da Silva, “dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 05.06.2001, e dá outras providências”.

Desta lei, destacam-se os seguintes comandos:

Fica encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, sociedade de economia mista instituída com base na autorização contida na Lei nº 3.115, de 16.03.1957 (art. 1º).

A União sucederá à extinta RFFSA (...) (art. 2º).

Fica instituído, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Fundo Contingente da Extinta RFFSA – FC, de natureza contábil, em valor suficiente para o pagamento de:

I – participações dos acionistas minoritários da extinta RFFSA (...);

II – despesas decorrentes de condenações judiciais que imponham ônus à VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., na condição de sucessora trabalhista, por força do disposto no inciso I do *caput* do art. 17 (...) relativamente aos passivos originados até 22 de janeiro de 2007;

III – despesas decorrentes de eventuais levantamentos de gravames judiciais existentes em 22 de janeiro de 2007 incidentes sobre bens oriundos da extinta RFFSA, imprescindíveis à administração pública; e

IV – despesas relativas à regularização, administração, avaliação e venda dos imóveis não operacionais mencionados no inciso II do *caput* do art. 6º (art. 5º).

Ficam transferidos ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT:

I – a propriedade dos bens móveis e imóveis operacionais da extinta RFFSA;

II – os bens móveis não operacionais utilizados pela Administração Geral e Escritórios Regionais da extinta RFFSA, ressalvados aqueles necessários às atividades da Inventariança;

III – os demais bens móveis não operacionais, incluindo trilhos, material rodante, peças, partes e componentes, almoxarifados e sucatas, que não tenham sido destinados a outros fins, com base nos demais dispositivos da lei;

IV – os bens imóveis não operacionais, com finalidade de constituir reserva técnica necessária à expansão e ao aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, ressalvados os destinados ao FC, devendo a vocação logística desses imóveis ser avaliada em conjunto pelo Ministério dos Transportes e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme dispuser ato do Presidente da República (art. 8º).

Caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção (art. 9º).

A Valec assumirá a responsabilidade de atuar como patrocinadora do plano de benefícios administrado pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – REFER, na condição de sucessora trabalhista da extinta RFFSA, em relação aos empregados referidos no inciso I do *caput* do art. 17 da Lei (...) (art. 18).

A União disponibilizará (art. 19):

I – por intermédio do Ministério dos Transportes:

a) à Valec os recursos orçamentários e financeiros necessários ao custeio dos dispêndios decorrentes do disposto no inciso I do *caput* do art. 17 (Art. 17. Ficam transferidos para a Valec: I – sendo alocados em quadros de pessoal especiais, os contratos de trabalho dos empregados ativos da extinta RFFSA integrantes: a) do quadro de pessoal próprio, preservando-se a condição de ferroviário e os direitos assegurados pelas Leis n^{os} 8.186, de 21 de maio de 1991, e 10.478, de 28 de junho de 2002; e b) do quadro de pessoal agregado, oriundo da Ferrovia Paulista S.A. – FEPASA); e no art. 18 da Lei (Art. 18. A Valec assumirá a responsabilidade de atuar como patrocinadora do plano de benefícios administrado pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – REFER, na condição de sucessora trabalhista da extinta RFFSA, em relação aos empregados referidos no inciso I do *caput* do art. 17 desta Lei, observada a exigência de paridade entre as contribuições da patrocinadora e do participante. Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se unicamente aos empregados transferidos na forma do inciso I do *caput* do art. 17 desta Lei, cujo conjunto constituirá massa fechada), aí incluído o pagamento aos empregados referidos no inciso I do *caput* do art. 17 da Lei das parcelas em atraso relativas aos dissídios e acordos coletivos referentes aos períodos de 2003 a 2006;

b) à Refer os recursos orçamentários e financeiros eventualmente necessários ao custeio dos dispêndios decorrentes do disposto no art. 25 da Lei (Art. 25. Fica a União autorizada a atuar como patrocinadora do plano de benefícios administrado pela Refer, em relação aos beneficiários assistidos da extinta RFFSA em 22 de janeiro de 2007) (art. 19).

II – por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, os recursos orçamentários e financeiros necessários ao pagamento aos inativos e pensionistas da extinta RFFSA não alcançados pelo inciso I do *caput* do art. 17 da Lei, das parcelas em atraso relativas aos dissídios e acordos coletivos referentes aos períodos de 2003 a 2006 (art. 19).

A Lei n^o 11.772, de 17.09.2008, no Governo Luiz Inácio Lula da Silva, “acrescenta e altera dispositivos na Lei n^o 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação; “reestrutura a VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.” e toma outras providências. O art. 8^o dessa Lei dispõe o seguinte:

“Art. 8^o A VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., sociedade por ações controlada pela União, fica transformada em empresa pública, sob a forma de sociedade por ações, vinculada ao Ministério dos Transportes, nos termos previstos nesta Lei.

§ 1º A função social da Valec é a construção e exploração de infraestrutura ferroviária.

§ 2º A Valec terá sede e foro na Capital Federal e prazo de duração indeterminado, podendo estabelecer escritórios ou dependências em outras unidades da Federação.

§ 3º A Valec sujeitar-se-á ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.”

Quanto ao *conhecimento de transporte*, importante decreto foi baixado em 1930, tomando o nº 19.473, de 10 de dezembro, logo modificado pelo Decreto nº 19.754, de 28.03.1931. Regulava aquele diploma legal os *conhecimentos de transportes de mercadorias por terra, água ou ar*. Algumas modificações posteriores que foram feitas, pelo Decreto nº 20.454, de 25.09.1931, a respeito dos conhecimentos de frete emitidos *não à ordem* e pelo Decreto nº 21.736, de 17.08.1932, que ampliou o disposto no art. 9º do Decreto nº 19.754, de 18.03.1931, a respeito da perda ou extravio do conhecimento que tenha consignação nominal. O Regulamento Geral dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 90.959, de 14.02.1985, trazia também, normas complementares sobre o conhecimento (arts. 28 a 32).

Quanto à *responsabilidade civil das estradas de ferro*, destaca-se o Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, que, na verdade é uma Lei publicada como Decreto. Veja-se, a propósito, o art. 31 do Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso:

“Art. 31. A Administração Ferroviária é responsável por todo o transporte e as operações acessórias a seu cargo e pela qualidade dos serviços prestados aos usuários, conforme disposto no Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil nas Estradas de Ferro, e neste Regulamento, bem como pelos compromissos que assumir no tráfego mútuo, no multimodal e nos ajustes com os usuários.”

O quadro a seguir, elaborado pela Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários, apresenta o “Aparelho Regulatório do Setor de Transporte Ferroviário:⁴

REGULAMENTAÇÃO		
Decreto nº 98.973	21.02.90	Aprova o Regulamento dos Transportes de Produtos Perigosos.
Decreto nº 1.797	25.01.96	Dispõe sobre a execução do Acordo de Alcance Parcial para Facilitação de Transporte de Produtos Perigosos, entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.
Decreto nº 1.832	04.03.96	Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF.

Decreto nº 6.018	22.01.07	Regulamenta a Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, que dispõe sobre o término do processo de liquidação e a extinção da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.
REGULAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR		
Resolução nº 023/ ANTT (revogada pela Resolução nº 59)	28.05.02	Dispõe sobre instruções às concessionárias que exploram infraestrutura de rodovias e ferrovias.
Resolução nº 044/ ANTT	04.07.02	Aprova adequação à legislação vigente, sem qualquer alteração de seu conteúdo, a compilação em um único documento, dos diversos atos emitidos pelo Ministério dos Transportes.
Resolução nº 059/ ANTT (revoga a Resolução nº 023)	15.08.02	Determina que as concessionárias de rodovias e ferrovias prestem informações trimestrais e anuais.
Resolução nº 288/ ANTT	10.09.03	Regulamenta a aplicação de penalidades em face do descumprimento das Metas de Produção e de Redução de Acidentes, no âmbito dos Contratos de Concessão de Transporte Ferroviário de Carga.
Resolução nº 350/ ANTT (revoga o Título III da Res. nº 044)	18.11.03	Dispõe sobre a caracterização, o registro e o tratamento de usuário com elevado grau de dependência do serviço público de transporte ferroviário de cargas.
Resolução nº 359/ ANTT (revoga o Título VIII da Res. nº 44) e (alterada pelas Res. nºs 467 e 490)	26.11.03	Dispõe sobre os procedimentos relativos à prestação não regular e eventual de serviços de transporte ferroviário de passageiros com finalidade turística, histórico-cultural e comemorativa.
Resolução nº 420/ ANTT (alterada pelas Resoluções nºs 701, 1664 e 2657)	12.02.04	Aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos
Resolução nº 433/ ANTT (revoga o Título IV da Resolução nº 44)	17.02.04	Dispõe sobre os procedimentos de operações de tráfego mútuo e direito de passagem visando à integração do Sistema Ferroviário Federal.

Resolução n° 442/ANTT (revoga os Capítulos I, II e IV do Título I da Resolução n° 044) (alterada pela Resolução n° 847)	17.02.04	Disciplina, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades em decorrência de condutas que infringem a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitação, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento, e em autorização.
Resolução n° 467/ANTT (substitui o inciso IV do art. 2° e os arts. 7° e 8° da Resolução n° 359)	17.03.04	Dá nova redação ao inciso IV do art. 2° e aos arts. 7° e 8° da Resolução n° 359.
Resolução n° 490/ANTT (substitui os arts. 2°, 4°, 7°, 8°, 9° e 18 da Resolução n° 359)	31.03.04	Dá nova redação a dispositivos da Resolução n° 359, os arts. 2°, 4°, 7°, 8°, 9° e 18.
Resolução n° 652/ANTT	21.07.04	Dispõe sobre a divulgação nos trens de passageiros das formas de comunicação dos usuários com a ANTT.
Resolução n° 654/ANTT	27.07.04	Dispõe sobre procedimentos a serem observados na aplicação do Estatuto do Idoso, no âmbito dos serviços de transporte ferroviário interestadual regular de passageiros e dá outras providências.
Resolução n° 349/CONAMA	25.08.04	Aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos e seu anexo.
Resolução n° 701/ANTT (altera a Resolução n° 420)	13.10.04	Revoga o Título XII da Resolução ANTT n° 44.
Resolução n° 769/ANTT (revoga o Título II da Resolução n° 44)	13.10.04	Dispõe sobre a habilitação do Operador de Transporte Multimodal.
Resolução n° 794/ANTT	12.01.05	Disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades no âmbito da ANTT.
Resolução n° 847/ANTT (altera a Resolução n° 442)	15.03.05	Dispõe sobre os procedimentos de operação de tráfego mútuo e direito de passagem, visando à integração do Sistema Ferroviário Federal.
Resolução n° 895/ANTT (acrescenta dispositivo à Resolução n° 433)	13.04.05	Altera e acrescenta dispositivo à Resolução n° 654, de 27 de julho de 2004.

Resolução nº 1.212/ ANTT	12.12.05	Dispõe que o reajuste tarifário das concessionárias do serviço público de transporte ferroviário será concedido até o dia 25 do mês de início da operação de cada concessionária.
Resolução nº 1.431/ ANTT	26.04.06	Estabelece procedimentos para a comunicação de acidentes ferroviários à ANTT pelas concessionárias e autorizatárias de serviço público de transporte ferroviário.
Resolução nº 1.573/ ANTT	10.08.06	Institui o Regime de Infrações e Penalidades do Transporte Ferroviário de Produtos Perigosos no âmbito nacional.
Resolução nº 1.603/ ANTT	29.08.06	Estabelece critérios e procedimentos para o acompanhamento do treinamento do pessoal operacional e administrativo, próprio ou de terceiros, das concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas e de passageiros.
Resolução nº 1.644/ ANTT	26.09.06	Altera o Anexo da Resolução nº 420/ANTT, que aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos.
Resolução nº 1.773/ ANTT	26.12.06	Institui o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas e Passageiros a ser utilizado como padrão de contabilização por todas as Concessionárias Ferroviárias reguladas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e dá outras providências.
Resolução nº 2.305/ ANTT (altera a Resolução nº 359)	02.10.07	Altera a Resolução nº 359, de 26 de novembro de 2003, que dispõe sobre o transporte ferroviário de passageiros com finalidade turística para incluir a obrigatoriedade de a autorizatária manter apólice de seguro de viagem.
Resolução nº 2.309/ ANTT	05.10.07	Define os documentos necessários à análise dos pedidos de autorização para a transferência da concessão e/ou do controle societário em Concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de carga e dá outras providências.
Resolução nº 2.495/ ANTT	17.12.07	Determina que as concessionárias do Serviço Público de Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal e as concessionárias do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas e Passageiros ou exploração da infraestrutura ferroviária prestem informações trimestrais e anuais, e dá outras providências.
Resolução nº 2.502/ ANTT	19.12.07	Dispõe sobre o SAFF – Sistema de Acompanhamento e Fiscalização do Transporte Ferroviário, o CAFEN – Cadastro Ferroviário Nacional, o RIF – Registro de Informações de Fiscalização e o SIADE – Sistema de Acompanhamento do Desempenho das Concessionárias de Serviços Públicos de Transportes Ferroviários, e dá outras providências.
Resolução nº 2.657/ ANTT	15.04.08	Altera o Anexo à Resolução nº 420, de 12 de fevereiro de 2004, que aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos.

Resolução nº 2.695/ ANTT	13.05.08	Estabelece procedimentos a serem seguidos pelas concessionárias de serviços públicos de transporte ferroviário na obtenção de autorização da ANTT para execução de obras na malha objeto da Concessão.
Resolução nº 2.748/ ANTT	15.04.08	Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas Concessionárias de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário de Cargas, no transporte de produtos perigosos.
Resolução nº 2.695/ ANTT	16.05.08	Estabelece procedimentos a serem seguidos pelas concessionárias de serviços públicos de transporte ferroviário na obtenção de autorização da ANTT para execução de obras na malha objeto da Concessão.

158. Natureza jurídica – Pelo contrato de transporte uma pessoa ou empresa convencionada com outra conduz, de um local para outro, coisa ou pessoa, mediante o pagamento de um preço. Dado o seu caráter complexo, autores existem que procuraram incluir o transporte entre os contratos de *locação de serviços*, uma vez que, realmente, na essência do contrato se encontra a locação de serviço, já que uma pessoa ou empresa se obriga a conduzir coisa ou pessoa. Outros autores procuraram classificar o transporte entre os contratos de *depósito*, sob o fundamento de que a pessoa ou empresa que se encarrega de transportar a coisa recebe-a e se incumbe de guardá-la até que seja entregue ao destinatário, obrigação semelhante à do depositário.

Apesar dessas opiniões, o contrato de transporte não se confunde com a locação de serviços nem com o depósito. Constitui, na realidade, um contrato *autônomo*, em que há regras concorrentes ao depósito (guarda da coisa para entrega ao destinatário) e à prestação de serviços (transporte da coisa, de um lugar para outro), mas que se caracteriza por assumir o transportador essas obrigações conjuntamente, com peculiaridades que não se enquadram naqueles outros contratos. Assim, enquanto que, na locação de serviços, a prestação deve ser executada *personalmente* pelo locador, no transporte a empresa ou pessoa que se incumbe de transportar a coisa ou a pessoa pode fazê-lo individualmente ou por intermédio de outrem. Igualmente, se bem que o depositante, como o transportador, receba a coisa e se obrigue a guardá-la convenientemente (Código Civil, art. 629), o depositário é obrigado a entregar a coisa no lugar em que ela foi depositada, enquanto que o transportador deve entregá-la em lugar diverso daquele em que a coisa foi entregue. Só esses dois exemplos servem para mostrar que, embora o transporte tenha pontos comuns com o depósito e a prestação de serviços, é um contrato autônomo, com características próprias, gerando obrigações específicas para ambas as partes contratantes, e assim o tratou o Código Civil de 2002.

159. Classificação – Sendo o transporte um contrato segundo o qual uma pessoa convencionada com outra ou com uma empresa a remoção de coisa ou pessoa de um local para outro mediante o pagamento de um preço, é o contrato:

a) *bilateral*, uma vez que cria obrigação para o transportador de remover a coisa ou pessoa de um lugar para outro, e obrigação para o remetente ou, no transporte de pessoas, passageiro, de efetuar o pagamento do preço convencionado;

b) *comutativo*, já que as prestações de ambas as partes são certas, não ficando a depender de evento incerto e futuro;

c) *oneroso*, por haver interesse e utilidade para ambas as partes. Ao tratar do transporte de pessoas, especificamente, o Código Civil dispõe que não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia; e acrescenta que não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas (Código Civil, art. 736).

d) *consensual*, por se aperfeiçoar pelo simples acordo de vontade dos contratantes.

Divergem, entretanto, as opiniões quanto à consensualidade do contrato de transportes. Carvalho de Mendonça⁵ entre outros, considera o transporte como um contrato *real*, já que “não se compreende o transporte sem uma pessoa ou coisa a transportar”. Formando em corrente oposta, Valdemar Ferreira⁶ o classifica como *consensual*, opinião de que partilhamos, visto como, a nosso ver, o contrato se aperfeiçoa com a simples troca de consentimentos dos contratantes, gerando-se desse acordo a obrigação do transportador de remover a coisa ou pessoa, e a do remetente de pagar o preço. É verdade que, no transporte de coisas, a execução do contrato se fará mediante a entrega do *objeto* pelo remetente: o próprio Código Civil estipula que a responsabilidade do transportador começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebe a coisa e termina quando ela é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado (art. 750). Esse fato, entretanto, se refere à *execução* do contrato, equivalendo a dizer o Código que a responsabilidade do transportador quanto à guarda e conservação da coisa, guarda e conservação que lhe são impostas pelos arts. 753 e 751 c.c. o art. 629 do Código Civil só tem início *no momento em que a coisa lhe é entregue*.

Poder-se-ia, talvez, alegar que, estipulando o art. 744 do Código Civil que tanto o remetente quanto o transportador, devidamente identificados, podem exigir-se mutuamente recibo, contendo relação discriminada das coisas, o contrato seria real, pois esse documento é que atesta a entrega da mercadoria e a vontade das partes de fazerem o contrato.

Cumpre, entretanto, notar que o mesmo art. 744 deixa claro que o conhecimento prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no local de destino.

Isso não quer dizer que o contrato só se conclui com entrega da coisa; pelo contrário, a entrega da coisa marca a *execução* do contrato, passando o transportador a responsabilizar-se pela sua guarda e conservação (Código Civil, art. 750), provando-se que a coisa lhe foi entregue pelo conhecimento de transporte.

5 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.095.

6 Valdemar Ferreira, *Instituições*, t. II, vol. 3, nº 978.

Precisamente por isso, os dois Regulamentos Gerais dos Transportes acima referidos diziam: “O conhecimento de transporte representa o contrato *concluído*, nas condições da legislação especial vigente entre a empresa e o expedidor” (Decreto nº 51.813, de 08.03.1963, art. 90); “Conhecimento de Transporte é o documento que *caracteriza* o contrato de transporte entre a administração ferroviária e o expedidor” (Decreto nº 90.959, de 14.02.1985, art. 28).

Se, porém, dúvidas ainda pudessem persistir quanto a ser o transporte de coisas um contrato *consensual* ou *real*, o transporte de pessoas faz com que essas dúvidas desapareçam, pois não se concebe que, para formar-se tal contrato, necessário se torne que a pessoa seja “entregue” ao transportador. Desde o momento em que adquire o bilhete de passagem o contrato está firmado, ficando o transportador com a obrigação de realizar a condução do passageiro de um lugar para outro, já tendo este satisfeito a sua obrigação, que é a de pagar o preço.

Por tais razões, somos de opinião de que o contrato de transporte é *consensual*, apesar das respeitáveis ponderações dos que o julgam, com Carvalho de Mendonça, um contrato *real*.

160. Prova do contrato de transporte – Contrato consensual, o transporte admite qualquer prova permitida em Direito. Gerando o acordo de vontades obrigação para o transportador de conduzir a coisa ou pessoa de um local para outro, no transporte de coisas o meio hábil para provar o recebimento da mercadoria por parte do transportador é o *conhecimento de frete*; no de pessoas, o *bilhete de passagem* expedido pelo transportador em benefício do passageiro, prova o pagamento do preço e dá ao passageiro o direito de exigir daquele a execução do contrato, ou seja, a sua remoção de um lugar para outro. Casos existem, entretanto, em que não são expedidos documentos para atestar a entrega da coisa ou o recebimento do preço: é o que se verifica, por exemplo, com certos transportes urbanos, em que a pessoa efetua o pagamento estipulado por ocasião de entrar ou de sair o veículo, sem que nenhum documento escrito seja dado. Nas grandes cidades, os serviços de *metropolitanos* ou *subways* são prestados mediante o depósito, na entrada, de uma ficha anteriormente adquirida ou de uma moeda de determinado valor. Em algumas cidades, o passageiro adquire um passe que lhe outorga o direito de se utilizar dos transportes públicos por um determinado período e deverá apenas mantê-lo em seu poder para, eventualmente, exibir ao fiscal da transportadora, sob pena de pagar elevada multa. Nesses casos, o passageiro fica com o direito de se utilizar de qualquer um dos veículos que trafegam nesses caminhos subterrâneos ou elevados, podendo fazer o itinerário que lhe aprouver.

Os autores que consideram o transporte um contrato real costumam declarar que este se prova pelo conhecimento de frete no transporte de coisas, ou bilhete de passagem, no de pessoas. Isso, entretanto, não acontece: o conhecimento de frete atesta apenas o recebimento da mercadoria que é já um começo do cumprimento, por parte do transportador, da obrigação oriunda do contrato, de ser a mercadoria transportada. O *bilhete de passagem* é simplesmente um título de legitimação que, atestando o pagamento do preço, assegura ao portador o direito de ser transportado de um local para outro.

161. A velha questão da comercialidade do contrato de transportes – O Código Civil de 2002 acabou com a inquietante dicotomia do Direito Obrigacional no Brasil. Antes dele, havia duas disciplinas jurídicas diferentes para cada um dos tipos contratuais (contrato de compra e venda civil e contrato de compra e venda civil etc.). O transporte sempre foi considerado, por essência, uma atividade empresarial. Por isso, o Código Civil de 1916 não tratava dele. O Código Comercial de 1850 também não se referia expressamente ao contrato de transportes, como fez com outros, concentrando as regras a ele atinentes nos dispositivos em que se refere aos “comissários de gêneros e comissários de transportes”, por este considerados como “agentes auxiliares do comércio”. Antes da vigência do Código Civil de 2002, os transportes sempre foram considerados matéria regida pela lei comercial. O Código Comercial de 1850, no art. 35, ao enumerar os agentes auxiliares do comércio, estipulou que eles “são sujeitos às leis comerciais com relação às operações que nessa qualidade lhes respeitam”. Essas operações eram, indiscutivelmente, os contratos por eles celebrados, segundo as disposições dos arts. 99 a 118 do Código Comercial de 1850. Para suprir a deficiência apontada, o Reg. nº 737, de 25.11.1850, estipulou serem atos de comércio “as empresas... *de expedição, consignação e transporte de mercadorias*”.

Leve-se em consideração que o Reg. nº 737, de 1850, se referiu às *empresas de transportes*, fazendo, assim com que ficassem sujeitas à lei comercial não apenas as pessoas que intervinham no transporte, mas as organizações que cuidavam dessa atividade. De fato, se na época em que o Código Comercial de 1850 e o Reg. nº 737 foram promulgados ainda se ajustavam transportes de coisas, mesmo de pessoas, com indivíduos isolados; posteriormente isso em grande parte desapareceu, existindo, hoje, quase que exclusivamente, *organizações* que exercitam tal atividade. Fazendo a lei então em vigor com que fossem comerciais tais organizações, retirou-as do âmbito da lei civil, e por tal razão eram os transportes em geral considerados como comerciais, quer se tratasse de coisas ou mercadorias, quer se tratasse de pessoas. Antes da vigência do Código Civil de 2.002, havia também o transporte civil, mas de tão pequena importância que era absorvido pelo contrato de locação. Era o que ocorria com o transporte de encomendas feito por carregadores (locação de serviços) ou de táxis (locação de coisa).

162. Espécies de transportes – O contrato de transporte pode ter por objeto a remoção de *coisas, animais* ou *pessoas*, estando os animais incluídos entre os transportes de coisas. Para cada uma dessas espécies existem algumas regras especiais que merecem ser conhecidas.⁷

7 Pelo Decreto nº 92.319, de 23.01.1986, o Governo dispôs “sobre o funcionamento, no País, de empresas estrangeiras que têm por objetivo a exploração do transporte aéreo e de serviços acessórios”.

TRANSPORTE DE COISAS

163. Noção – O contrato de *transporte de coisa* é aquele em que uma pessoa entrega a outra ou a uma empresa determinado objeto para que, mediante preço estipulado, seja remetido à pessoa certa, em lugar diverso daquele em que a coisa foi entregue. Em geral, as coisas, nessa espécie de contratos, têm o nome de *mercadorias*. O contrato se aperfeiçoa mediante o simples acordo de vontades; começa a ser executado no momento em que a coisa é recebida pela parte que se incumbem de transportá-la e só finda a execução no instante em que a mesma é entregue ou posta à disposição do destinatário. Então, cumprida a obrigação do transportador, cessam as suas responsabilidades, tendo-se o contrato por devidamente cumprido.

Dentro do esquema traçado para este livro, aqui nos referimos apenas ao transporte de mercadorias *por terra*; esse transporte poderá ser feito por estradas de ferro, veículos automotores (caminhões, automóveis etc.) ou mesmo por barcos ou certos meios de navegação de pequeno curso, que se assemelham aos transportes terrestres. Em geral, já não está mais em uso o transporte feito por indivíduos, pessoalmente: os poucos casos que aparecem nesse setor são regulados pela locação de serviços. Também já não mais estão em uso os transportes por animais, de que tratava o Código Comercial (arts. 99 e segs.); somente em raras regiões do país ainda são empregados esses meios de transporte, que dia a dia tendem a desaparecer, graças ao progresso que começa a chegar a esses rincões.

Entre as *mercadorias*, de que aqui tratamos, estão incluídos também os animais, visto serem a esses aplicados, com pequenas modificações, os princípios que regem os transportes de coisas em geral.

164. Pessoas que intervêm no contrato de transporte de coisas – Conforme a noção do contrato de transporte de mercadorias, acima expandida, interferem nele três pessoas:

- a) a pessoa que entrega a mercadoria para ser transportada, no caso o *remetente* ou *expedidor*; que o Código de 1850 chamava de *carregador*;
- b) a pessoa que recebe a mercadoria, encarregando-se de transportá-la, isto é, o *transportador*, que o Código Comercial de 1850 denominava de *condutor*;
- c) a pessoa a quem a mercadoria é destinada e a quem cabe recebê-la, denominada *destinatário*.

O Código Comercial de 1850 falava, ainda, repetidamente, em uma quarta pessoa, o *comissário de transporte*, que era aquele que se encarregava de receber a mercadoria e fazê-la transportar para entregar ao destinatário. “Não era um comissário comum” – esclarecia Carvalho de Mendonça –, “e sim verdadeiro e próprio condutor, que assumia a obrigação *não de efetuar diretamente* o transporte, *porém de fazê-lo realizar por outros*”.¹ Como esclarecia o mestre, essa figura quase que desapareceu, sendo substituída por *agências de viagens ou empresas de expedição*, que passaram a efetuar tais operações, estando largamente difundidas.

Das pessoas que intervêm no transporte de mercadorias somente são partes integrantes do contrato o *remetente* e o *transportador*. O *destinatário* é apenas a pessoa a quem a mercadoria é enviada, não se envolvendo, assim, na feitura do contrato. O próprio *remetente* pode figurar como destinatário sem que, contudo, se confundam as duas figuras. Se alguém, por exemplo, se muda de uma localidade para outra e quer enviar os móveis para a nova localidade, pode estipular que estes lhe sejam entregues no local do destino. Nesse ponto, sua inclusão no contrato não se confunde com a sua posição de remetente. Apenas, como destinatário, lhe caberá o direito de receber a mercadoria no prazo e nas condições estipulados, o que aconteceria com qualquer outra pessoa que no contrato figurasse como destinatário.

165. Conhecimento de transporte – Já verificamos (*supra*, nº 151) que o contrato de transporte é *consensual*, formando-se pelo simples acordo de vontades do expedidor e do transportador. Esse acordo gera para o transportador a obrigação de remover a mercadoria de um local para outro, entregando-a ao destinatário. Para que, entretanto, possa a mercadoria ser transportada, indispensável se torna seja ela, inicialmente, entregue ao transportador. A execução do contrato se inicia, assim, no momento em que o transportador, ou seus prepostos, recebem a coisa, passando a responsabilizar-se pela sua guarda e conservação (Código Civil, arts. 750, 753 e 751 c.c. o art. 629). Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial (art. 744, *caput*).

A prova do recebimento da mercadoria e da obrigação do transportador de entregá-la no lugar do destino é feita pelo *conhecimento de transporte*, também conhecido como *conhecimento de frete* ou *conhecimento de carga*. Trata-se de um documento emitido pelo transportador, por ocasião do recebimento da mercadoria, contendo as especificações que nele deverão figurar taxativamente. Emitido pelo transportador, será entregue ao remetente da mercadoria, que o enviará ao destinatário para recebimento dessa, no lugar do destino.

a) *Histórico de conhecimento*

O Código Comercial de 1850 estabelecia, no art. 100, que “tanto o carregador como o condutor deviam exigir-se mutuamente uma *cautela* ou *recibo* por duas ou mais vias”, para servir de prova da entrega da mercadoria. Dessa *cautela* ou *recibo*

1 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. II, 2ª parte, nº 1.100.

deveriam constar, obrigatoriamente, o nome do dono dos gêneros ou carregador, o do condutor ou comissário de transportes, e o da pessoa a quem a mercadoria era destinada, bem como do lugar onde devia ser feita a entrega. Além disso, deveria a *cautela* conter a designação das mercadorias, a sua qualidade genérica, o preço ou número de volumes, as marcas ou outros sinais externos, o preço do frete ou, se fosse o transporte feito por meio de animais, o aluguel destes, o prazo dentro do qual deveria ser efetuada a entrega, e tudo o mais que, entre as partes, fosse previamente ajustado. Essa cautela ou recibo servia para provar a quantidade de mercadoria recebida, pela entrega da qual se responsabilizava o condutor (Código Comercial de 1850, art. 105), servindo a cautela para base da indenização de mercadorias que não fossem entregues ao destinatário pelo transportador (Código Comercial de 1850, art. 107).

Nem sempre, contudo, apesar dos dispositivos do Código Comercial de 1850, eram extraídas as *cautelas* ou *recibos* ao serem entregues ao condutor mercadorias para transportar. “Gente modesta” – esclarecia Valdemar Ferreira –, “rude, analfabeta na generalidade dos casos, desprezava o formalismo. Aperfeiçoava-se o ajuste ‘de boca’, como se dizia. Palavra dada era, sem dúvida, palavra cumprida. Religiosamente cumprida. Pouco importavam os perigos das caminhadas e os tropeços da jornada de seus infortúnios. Faziam-se as entregas, a despeito de tudo, regular e fielmente.”²

Com a criação das primeiras estradas de ferro, baixou o Governo imperial o Decreto nº 1.930, de 26.04.1857, no qual foi estabelecido que, ao receber as cargas, as estradas de ferro emitiriam um “conhecimento de talão”, que servia para a retirada das mercadorias no lugar do destino. Esse conhecimento era numerado e o seu número lançado nos diversos volumes contendo a mercadoria. Não era, contudo, o conhecimento indispensável para a entrega da carga. Na sua falta poderia o destinatário receber a mercadoria mediante recibo que anulava o conhecimento.

Esse regulamento de 1857 vigorou, aplicado por força do Decreto nº 5.561, de 28.02.1874, às estradas de ferro em geral, até 1922, ou seja, por 65 anos.

Nesse meio-tempo surgiram alguns dispositivos legais tratando dos conhecimentos de transportes por estradas de ferro. Assim, o regulamento de transportes baixado para as estradas de ferro de São Paulo aprovado pelo Decreto nº 10.204, de 30.04.1913, se referiu ao assunto, estabelecendo normas a respeito.

Foi, porém, em 1922, com o regulamento baixado pelo Decreto nº 15.673, de 7 de setembro, que novos princípios foram adotados no que concerne ao recebimento das mercadorias para serem transportadas pelas estradas de ferro. Segundo o art. 111 desse regulamento, o recebimento das mercadorias para serem transportadas pelas estradas se “faria mediante uma *nota de expedição*, na qual deveria ser determinada, com precisão, a natureza, a quantidade e o destino do objeto do despacho e seria assinada e datada pelo expedidor e pelo funcionário da estrada que fizesse o despacho. Uma via dessa nota, devia ser entregue ao expedidor, para

2 Valdemar Ferreira, *Instituições*, t. II, vol. 3, nº 960.

ser remetida ao destinatário que, mediante esse documento, receberia a mercadoria transportada”. O art. 121 estatuiu que “a entrega das cargas, assim, como as bagagens e encomendas, far-se-ia mediante restituição do conhecimento, o qual era arquivado na repartição que fizesse a entrega”. Finalmente, o art. 122 estabelecia que, na falta de conhecimento, as cargas poderiam ser entregues mediante recibo assinado pelo consignatário ou pessoa por ele autorizada. Esse recibo anulava o conhecimento.

Mesmo posteriormente a esse decreto continuaram a surgir normas sobre o transporte de mercadorias e os seus meios de provas. Essas normas provinham, em geral, dos regulamentos particulares das estradas.

Em 1925 o ministro da Viação, por uma simples portaria, baixou um Regulamento Geral de Transportes contendo vários preceitos sobre o recebimento da mercadoria por parte do transportador e a obrigação de transportá-la.

Posteriormente, foram baixados sucessivos Regulamentos Gerais dos Transportes que procuraram regular os conhecimentos de fretes.

O Decreto nº 19.473, de 10.12.1930, regulando os conhecimentos de transportes de mercadorias por terra, água ou ar, logo foi modificado pelo Decreto nº 19.754, de 18.03.1931.

O Decreto nº 20.454, de 29.09.1931, regulou os conhecimentos de fretes emitidos não à ordem.

O Dec. nº 21.736, de 17.08.1932, ampliou os dispositivos do art. 9º do Decreto nº 19.754, a respeito da retirada de mercadoria no caso de extravio ou perda de conhecimento que tenha consignação nominal.

O Presidente Fernando Collor, em decreto de 25 de abril de 1991 (“Mantém reconhecimentos de Cursos e autorizações nos casos que menciona e dá outras providências”), no art. 4º, revogou centenas de decretos; entre eles, os Decretos nºs 19.473, de 10.12.1930, 19.754, de 12.03.1931, 20.454, de 29.09.1931, e 21.736, de 1932.

O Regulamento Geral dos Transportes para as estradas de ferro brasileiras aprovado pelo Decreto nº 51.813, de 08.03.1963, repetiu os requisitos necessários à validade do conhecimento, de acordo com o Decreto nº 19.473, acrescentando, contudo, outros, que deveriam constar do documento (arts. 89 a 92).

O Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 90.959, de 14.02.1985, referiu-se ao conhecimento de transporte nos arts. 28 a 32.

No governo do Presidente Itamar Franco, promulgou-se a Lei nº 8.693, de 03.08.1993, que “dispõe sobre a descentralização dos serviços de transporte ferroviário coletivo de passageiros, urbano e suburbano, da União para os Estados e Municípios, e dá outras providências”.

No governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, regulamenta a Lei nº 8.693, de 03.08.1993, revoga expressamente o Decreto nº 90.959, de 14.01.1985, e aprova novo Regulamento dos Transportes Ferroviários.

A Lei nº 8.693, de 03.08.1993, e o Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, não tratam dos requisitos do conhecimento.

b) Requisitos do conhecimento

Segundo o art. 744 do Código Civil, o conhecimento deve mencionar a coisa a ser transportada com os dados que a identifiquem, “obedecido o disposto em lei especial”.

Devido às revogações e omissões referidas no tópico anterior, a “lei especial” que dispõe atualmente sobre o conhecimento é a Lei nº 9.611, de 19.02.1998. Seus artigos 31 e 10 dispõem o seguinte:

“Art. 31. A documentação fiscal e os procedimentos atualmente exigidos dos transportadores deverão adequar-se ao Conhecimento de Transporte Multimodal de Cargas instituído por esta Lei.

Art. 10. O Conhecimento de Transporte Multimodal de Cargas apresentará as características e dados próprios deste documento, devendo explicitar o valor dos serviços prestados no Brasil e no exterior, e conter:

I – a indicação ‘negociável’ ou ‘não negociável’ na via original, podendo ser emitidas outras vias, não negociáveis;

II – o nome, a razão ou denominação social e o endereço do emitente, do expedidor, bem como do destinatário da carga ou daquele que deva ser notificado, quando não nominal;

III – a data e o local da emissão;

IV – os locais de origem e destino;

V – a descrição da natureza da carga, seu acondicionamento, marcas particulares e números de identificação da embalagem ou da própria carga, quando não embalada;

VI – a quantidade de volumes ou de peças e o seu peso bruto;

VII – o valor do frete, com a indicação ‘pago na origem’ ou ‘a pagar no destino’;

VIII – outras cláusulas que as partes acordarem.”

O valor do frete deverá ser declarado por extenso e em algarismos; em caso de dúvidas, prevalece aquele sobre este. Se, por acaso, o frete é a *pagar*, não estando indicada a forma de pagamento, deve-se entender que esse será a dinheiro de contado e por inteiro, por ocasião da entrega da mercadoria e no lugar de destino, se não tiver sido designado outro. A falta de pagamento do frete autoriza o transportador a reter a mercadoria (Código Civil, art. 751 c.c. os arts. 643 e 644). Esse direito de retenção veio substituir a hipoteca tácita, de que falava o art. 117 do Código Comercial de 1850.

c) Natureza jurídica do conhecimento

Ao estatuir o Código Comercial de 1850, no art. 100, que na entrega das mercadorias tanto o expedidor como o transportador deviam exigir-se um recibo ou talão do qual constassem não apenas a especificação das mercadorias como as dos contratos, criou um documento probatório, não apenas do recebimento das mercadorias como, também, do contrato de transporte.

Com o passar dos anos, porém, esse documento foi não só perdendo o seu caráter de forma especial, escrita, do contrato, como, igualmente, de prova de simples recebimento das mercadorias, com a obrigação de serem estas entregues ao

destinatário. Em certo momento passou ele a representar as próprias mercadorias e a sua transferência a equivaler à transferência de propriedade das mercadorias nele mencionadas.

Regulados os conhecimentos de transportes de mercadorias – conservando-se, porém, para os transportes marítimos os requisitos constantes do art. 575 do Código Comercial –, assumiram eles a feição de títulos de crédito *impróprios*. Mantendo, ainda o caráter probatório da entrega das mercadorias pelo expedidor ao transportador, passaram, contudo, a representar as mercadorias que, desse modo, já não podem ser retiradas pelo consignatário ou destinatário mediante simples recibo; será necessária a apresentação do conhecimento, que poderá ser negociável ou não negociável. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário devidamente legitimado pelo conhecimento e identificado. Vale lembrar o disposto no art. 1º da Lei nº 8.021, de 12.04.1990, que veda o pagamento ou resgate de qualquer título a beneficiário não identificado.

“Havendo dúvida acerca de quem seja o destinatário, o transportador deve depositar a mercadoria em juízo, se não lhe for possível obter instruções do remetente; se a demora puder ocasionar a deterioração da coisa, o transportador deverá vendê-la, depositando o saldo em juízo” (Código Civil, art. 755).

Em caso de extravio ou perda do conhecimento considerado *negociável*, requer a lei procedimento especial para a entrega da mercadoria: qualquer interessado poderá avisar à empresa transportadora, no lugar de destino, o extravio ou perda do conhecimento, para que esta retenha a mercadoria a fim de entregá-la a quem de direito. Se o aviso for dado pelo remetente ou pelo destinatário, deve a empresa, para salvaguardar sua responsabilidade e para acautelar os interesses de terceiros, dar aviso público, pela imprensa, por três vezes, só entregando a mercadoria ao que a notificou, se não houver reclamação. Havendo reclamação a mercadoria não será entregue, aplicando-se o disposto no art. 755 do Código Civil.

Em se tratando de falta de conhecimento considerado *não negociável*, a entrega da mercadoria se fará sob recibo do destinatário, ou de quem legalmente o represente, passado em impresso próprio, mediante as provas de identidade julgadas necessárias, podendo ser pedido o abono de firma comercial ou de pessoa reconhecidamente idônea. É conveniente que se faça constar do recibo cláusula de garantia para a empresa, contra possível apresentação posterior do conhecimento e reclamação da carga, tornando a entrega das mercadorias nessas condições o conhecimento sem nenhum valor para a empresa.

Tudo isso porque o conhecimento é considerado um título de crédito, representativo das mercadorias nele mencionadas. E, como título de crédito, está sujeito às regras de circulação naturais desses títulos. Sendo, por natureza, um título *à ordem*, isto é, um título cuja propriedade pode transferir-se por simples declaração, no verso, do destinatário, pode, também, assumir o caráter de título *ao portador*, ou seja, de um título cuja transferência se faz mediante simples tradição, sendo considerado seu proprietário aquele que o detiver. Para ter esse caráter de título ao portador, basta apenas que uma cláusula especial nesse sentido seja inserta no

contexto do título, substituindo-se, por exemplo, o nome do destinatário pelas palavras *ao portador* ou deixando em branco o espaço reservado para a especificação do consignatário.

Em tais condições, os conhecimentos de transporte são considerados títulos de crédito, representativos das mercadorias neles mencionadas e, por tal razão, sujeitos às regras naturais dos títulos de crédito, além de regras específicas na lei expressamente estatuídas a respeito dos conhecimentos.

d) Circulação dos conhecimentos

Como títulos de créditos, representativos das mercadorias neles mencionadas, os conhecimentos de frete negociáveis mudam de propriedade de acordo com as regras de circulação desses títulos, isto é, por endosso ou por mera tradição manual. Constituindo o conhecimento o documento comprobatório do recebimento da mercadoria por parte do transportador e necessário para a entrega dessa mercadoria à pessoa a quem ela é destinada, poderá tal pessoa ser ou não determinada. No primeiro caso, figurará o nome do destinatário no conhecimento e no segundo o nome será substituído pela cláusula *ao portador*, ou o nome do consignatário ficará em branco, devendo, assim, a mercadoria ser entregue a quem se apresentar com o conhecimento.

Sujeito à disciplina dos títulos de crédito (Código Civil, arts. 887 a 926), quando o conhecimento traz o nome do destinatário, este poderá transferi-lo a outra pessoa pelo meio comum de transferência da propriedade dos títulos de crédito, que é o *endosso*. Consiste o endosso na simples assinatura do proprietário do título – e no caso é o consignatário ou destinatário, pois o conhecimento é a ordem dada pelo expedidor para a entrega da mercadoria ao destinatário – no verso ou anverso deste, podendo com essa assinatura o destinatário especificar o nome da pessoa a quem é feita a transferência ou deixar de fazê-lo. Na primeira hipótese tem-se o chamado *endosso em preto* (Antônio é o destinatário: deseja transferir o conhecimento a Pedro. Usando o endosso em preto escreve no dorso do conhecimento: “*Entregue-se a Pedro. a.) Antônio*”); na segunda, o *endosso em branco* (Antônio é o destinatário do conhecimento. Quer transferi-lo a uma pessoa cujo nome não deseja mencionar. Escreve simplesmente o seu nome no verso do conhecimento e será considerado como proprietário do título aquele que com ele se apresentar) (Código Civil, art. 910).

Quando, como vimos, do conhecimento não consta o nome do destinatário ou esse é substituído pela cláusula *ao portador*, será considerado seu proprietário a pessoa que com ele se apresentar. A propriedade do título, assim, se dá pela simples tradição manual: se eu recebo um conhecimento sem o nome do destinatário ou com a cláusula *ao portador*, posso eu mesmo retirar as mercadorias; posso, também, transferir esse conhecimento a A., esse pode transferir a B., este a C., e assim por diante, presumindo-se sempre proprietário do conhecimento e, portanto, pessoa habilitada a retirar as mercadorias aquele que detiver o título.

O revogado Dec. n° 19.473, de 10.12.1930, dizia, no art. 3°, que “o último endossatário e detentor do conhecimento *presume-se proprietário da mercadoria*

nele declarada”. Esta afirmação, não reproduzida posteriormente, continua correta. Mas merece, contudo, esclarecimento. Não deve o contrato de transporte ser confundido com a compra e venda. Essa é a que se refere à *transferência da propriedade* da coisa; o transporte diz respeito apenas à *remoção* da coisa, de um lugar para outro. Posso enviar uma coisa a *B* sem, contudo, passar para *B* a sua propriedade. O conhecimento, assim, não transfere a propriedade da coisa, dando apenas o direito ao destinatário ou ao portador, quando traz essa cláusula, a *receber a coisa do transportador*. O que acontece com o último endossatário e o portador é que eles ficam investidos nos direitos e nas obrigações do consignatário ou do destinatário, e, como tal, podem *dispor* da mercadoria como se fossem proprietários. Apenas se “presume” que o último endossatário e o detentor do conhecimento ao portador sejam proprietários das mercadorias. Essa presunção está sujeita à prova em contrário. Provando-se que o último endossatário ou o portador não são proprietários das mercadorias, respondem eles pela sua disponibilidade.

É verdade que, nas compras e vendas, a propriedade da coisa se transfere com a sua entrega, seja essa efetiva ou simbólica. Como a execução do contrato de transporte começa com a entrega da coisa, por parte do remetente, ao transportador, para que a *entregue* ao destinatário, considera-se, na compra e venda, transferida a propriedade da mercadoria ao destinatário desde o momento em que a mercadoria é recebida pelo transportador. Encarado por esse prisma, a afirmação “o último endossatário e detentor do conhecimento *presume-se proprietário da mercadoria* nele declarada”, contida § 3º do art. 3º do revogado Decreto nº 19.473, tinha valor absoluto. Mas o contrato de transporte não existe apenas em função de compra e venda. Posso, como acima ficou demonstrado, enviar mercadorias a outrem sem vendê-las; por isso é que aquele inciso legal não afirmava que o último endossatário ou o portador eram os proprietários da mercadoria. Dava apenas uma presunção e baseados nessa presunção podiam – como podem –, o último endossatário e o portador, mesmo recebendo a mercadoria em consignação, dela *dispor como se fossem proprietários*, respondendo, porém, pelos atos que praticassem. Eis, a propósito, o que diz o art. 754 do Código Civil:

“Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos. Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega.”

166. Cláusulas modificativas do endosso – O endosso nos conhecimentos deve *ser puro e simples*, isto é, deve ser lançado sem conter nenhuma modificação ou alteração na transferência da propriedade do conhecimento (Código Civil, art. 890 e 912).

Também não é admitido o *endosso parcial*, isto é, aquele que visa a transferir apenas parte das mercadorias mencionadas no conhecimento (Código Civil, art. 912).

Quando, por acaso, é *cancelado* um endosso, considera-se anulado (Código Civil, art. 910, § 3º); entretanto, servirá ele para justificar a série de transmissões do título, pois, como ficou esclarecido, só os proprietários formam verdadeira cadeia pela qual se pode averiguar se o conhecimento foi transferido regularmente.

167. Endosso – mandato e endosso pignoratício – O endosso é, como ficou dito acima, modo particular de ser transferida a propriedade dos títulos de crédito: modo prático, consistente em uma ligeira declaração ou na simples assinatura no verso do título, dispensando maiores formalidades, dentro, portanto, do dinamismo característico das atividades empresariais.

Entretanto, existem espécies de endosso que não constituem meio de transferência da propriedade do conhecimento. A primeira é o *endosso-mandato*, comum aos vários títulos de crédito. Aplica-se a ele o disposto no art. 917 do Código Civil:

“Art. 917. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída.

§ 1º O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu.

§ 2º Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato.

§ 3º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as exceções que tiver contra o endossante.”

Consiste esse endosso no fato de especificar o proprietário do título que o transfere a outrem apenas para que esse pratique atos de mandatário.

Não há, assim, a transferência da propriedade do título. A pessoa que o recebe apenas fica investida nas funções de procurador do proprietário. Para isso, o proprietário do título sempre esclarecerá o fato no endosso, apondo a cláusula procuratória antes do seu nome.

Assim, se alguém possui um conhecimento e deseja transferi-lo a outrem, não para que ele fique como proprietário do conhecimento, mas para que aja como seu procurador, porá, no verso do título, o *endosso-mandato* da seguinte forma:

*Entregue-se, p. procuração, a Antônio Girão Barroso
Fortaleza, 12.04.2007
Aluízio Medeiros*

Esse endosso, como se vê, é impróprio, pois, sendo o endosso um modo especial de transferência da propriedade dos títulos de crédito, com o endosso-mandato tal não ocorre, dando ao endossatário apenas o direito de agir como procurador do endossante.

Impróprio, também, é o *endosso pignoratício*, ao qual se aplica o art. 918 do Código Civil:

“Art. 918. A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título.

§ 1º O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador.

§ 2º Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.”

Nessas condições, o conhecimento de frete admite duas espécies de endossos: os endossos *próprios*, que são aqueles que transferem a propriedade do conhecimento, como é característico dos títulos de crédito e os endossos *impróprios*, que não transferem a propriedade.

168. Responsabilidade dos endossantes – Somente quem é proprietário do conhecimento poderá endossá-lo: natural é que assim aconteça, pois, servindo o endosso para transferir a *propriedade* do título, não poderá essa propriedade ser transferida, a não ser por quem seja seu titular.

Passando o conhecimento de propriedade por via de endossos, cada endossante responde, perante os endossatários posteriores, pela legitimidade do conhecimento e existência da mercadoria. Forma-se, assim, verdadeira cadeia de responsáveis pela legitimidade do título e existência da mercadoria, ficando o último endossatário garantido por todos aqueles que o antecederam na cadeia de endossos.

Em se tratando de conhecimento *ao portador*, este será garantido pelo remetente; se, por acaso, algum dos endossantes transferir o título mediante endosso *em branco*, isto é, sem especificar a pessoa a quem transfere, ficará ele responsável pela legitimidade do conhecimento e existência da mercadoria perante o portador que se apresentar com o título.

Esses princípios são comuns nos títulos de crédito em geral. Constituem o chamado *direito regressivo*, segundo o qual os endossatários são sempre garantidos pelos endossantes anteriores.

168-A. Conhecimento não à ordem – Segundo vimos anteriormente, o conhecimento de frete é, em princípio, um título nominativo *à ordem*, podendo, contudo, ser *ao portador*, desde que esta cláusula figure no seu contexto, substituindo o nome do consignatário ou destinatário, ou quando não constem do título os nomes destes. Sendo um título nominativo *à ordem*, transfere-se por *endosso*, meio específico da transferência dos títulos de crédito. *Ao portador*, a sua transferência se fará por simples tradição manual, considerando-se proprietário aquele que se apresentar de posse do título.

Julgou, entretanto, o legislador que havia necessidade de serem emitidos conhecimentos em que a transferência não fosse feita por meio de endosso e sim mediante ato mais formal, a cessão. Por isso, admite a emissão do *conhecimento não à ordem*. Alterou, assim, o legislador a livre circulação desses documentos, característica geral dos títulos de crédito. A aquisição de título *à ordem*, por meio diverso do endosso, tem efeito de cessão civil (Código Civil, art. 919).

Aliás, já a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, adotada em Genebra em 1930, admitira esses títulos com a cláusula *não à ordem* (art. 11, 2 e al.), não constituindo, assim, inovação em direito legislado o disposto

na lei brasileira. A Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias foi adotada pelo Brasil, sendo, hoje, a reguladora daqueles dois títulos, e naturalmente, suas normas podem ser aplicadas de forma subsidiária aos demais títulos de crédito.

Os conhecimentos *não à ordem* serão sempre nominativos, isto é, trarão o nome da pessoa a quem a mercadoria é enviada, e inserirão no contexto cláusula expressa considerando-os *não à ordem*. É justamente essa cláusula que vai modificar a característica própria da livre circulação desse título. A Lei nº 9.611, de 19.02.1998, dispõe, no art. 10, I, que o conhecimento de transporte multimodal de cargas deverá conter a indicação “negociável” ou “não negociável” na via original, podendo ser emitidas outras vias, não negociáveis.

Devendo a mercadoria transportada, de que se extrai conhecimento *não à ordem*, ser sempre entregue ao destinatário, já que esse não pode transferir, por endosso o conhecimento, fácil é o processo da sua entrega quando o conhecimento original é perdido, destruído, furtado ou roubado. Em tal caso, será extraída uma segunda via do conhecimento, que servirá para retirar a mercadoria, podendo, até, ser ela entregue por simples certificado do despacho. Essa maneira simples, que difere grandemente do procedimento adotado quando há perda ou extravio do conhecimento à ordem ou ao portador, se deve justamente ao fato de não ser transferível por endosso o conhecimento *não à ordem*. Não haverá a circulação do título representativo das mercadorias e estas, pela cláusula *não à ordem*, só poderão ser recebidas pelo destinatário. Tanto que, se a empresa transportadora tiver aviso de cessão ou penhor do conhecimento, não entregará a mercadoria ao cessionário ou ao credor pignoratício, mas a depositará por conta e risco de quem pertencer, cumprindo, com esse depósito, a sua obrigação de entregar a mercadoria (Código Civil, arts. 750 e 755).

XVII

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO REMETENTE, DO TRANSPORTADOR E DO CONSIGNATÁRIO NO TRANSPORTE DE COISAS

169. Obrigações dos contratantes – Dada a sua bilateralidade, o contrato de transporte cria obrigações para os contratantes, ou seja, o remetente e o transportador. Essas obrigações constituem, naturalmente, direitos recíprocos para ambas as partes. *Jus et obligatio correlata sunt* (direito e obrigação são correlatos).

I – Obrigações do remetente

São obrigações do remetente, segundo o Código Civil:

1. entregar a mercadoria a ser transportada;
2. pagar o frete;
3. bem acondicionar a mercadoria entregue para o transporte, embalando-a de maneira adequada e segura, que não coloque em risco a saúde das pessoas e não danifique o veículo e outros bens;
4. entregar ao transportador, devidamente assinada, a relação discriminada das mercadorias a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento;
5. declarar a natureza e o valor das mercadorias entregues em envoltórios fechados;
6. pagar acréscimos de despesa, mais perdas e danos, se houver, caso desista do transporte até a entrega da mercadoria e a peça de volta, ou ordene seja ela entregue a outro destinatário;
7. não despachar mercadoria cujo transporte ou comercialização sejam proibidos, ou que venham desacompanhados dos documentos exigidos por lei ou regulamento;
8. instruir o transportador sobre como proceder, caso ele lhe informe que o transporte não pode ser feito ou sofrerá longa interrupção;
9. remunerar o transportador se ele tiver que manter a mercadoria depositada em seus próprios armazéns.

Seguem considerações sucintas sobre as principais delas:

a) *Entrega da coisa a ser transportada*

A entrega, por parte do expedidor, ao condutor, da mercadoria a ser transportada, é uma obrigação decorrente da própria natureza do contrato. De fato, sendo o transporte o contrato segundo o qual uma pessoa acorda com outra a remoção de uma coisa para lugar diverso, firma-se ele mediante a simples troca de consentimentos. Mas, criando o contrato a obrigação, para o condutor, de transportar a coisa, essa obrigação não pode ser cumprida se a coisa não lhe for entregue. Por tal razão, muitos autores consideram o transporte um contrato real, pois a entrega da coisa nele é fundamental. Esse entendimento, entretanto, é errôneo: a entrega da coisa para transporte não aperfeiçoa o contrato, marcando apenas a sua execução. Mas, como o acordo de vontades tem por finalidade ser executado, indispensável será que a coisa seja entregue para que a execução se inicie.

Por ser o contrato *consensual* é que o transportador só pode recusar o recebimento da coisa, parte executória do mesmo, se constatar: a) que o seu transporte ou comercialização não são permitidos; b) que ela vem desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento; c) que a sua embalagem pode colocar em risco a saúde das pessoas ou danificar veículo e outros bens (Código Civil, arts. 746 e 747). Essas três modalidades ensejadoras de recusa se enquadram no conceito de *exceptio non adimpleti contractus*, do art. 477 do Código Civil, que pressupõe um contrato celebrado. Neste tocante, merecia reparos o entendimento de Carvalho de Mendonça, que afirmava que “se o condutor é livre (ou seja se não se trata de estrada de ferro), pode arbitrariamente recusar-se a receber a mercadoria que lhe foi consignada para o transporte se as suas ofertas deixarem de ser aceitas pelo remetente”.¹ Sabemos que Carvalho de Mendonça considerava o transporte contrato *real*, aperfeiçoando-se com a entrega da coisa a ser transportada. No entanto, sendo o transporte um contrato consensual, uma vez firmado o acordo, o transportador, livre² ou estrada de ferro, não pode recusar o recebimento da mercadoria, a não ser naquelas três situações já mencionadas. O próprio Carvalho de Mendonça dava a justificação desse fato quando disse, no trecho citado, que o transportador só podia recusar o recebimento das mercadorias, “se as suas ofertas deixarem de ser aceitas pelo remetente”.³ Ora, se as ofertas não foram aceitas não houve acordo de vontades e, conseqüentemente, contrato. E não havendo contrato o transportador não é obrigado a aceitar as mercadorias.

Tanto que, em seguida, o mesmo Carvalho de Mendonça afirmava que “se se trata de empresas de utilidade pública, como as estradas de ferro, a recusa somente se dará de acordo com as condições gerais dos atos de concessão ou de autorização, ou dos regulamentos especiais da Administração Pública”. Esse ponto

1 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.104.

2 Carvalho de Mendonça denomina o transporte, cujo preço não é previamente estipulado, de “transporte livre ou ordinário”, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.107 e segs.

3 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.104.

de vista vinha reafirmado mais adiante, ao se referir aquele autor às obrigações das estradas de ferro: “As empresas de estradas de ferro são obrigadas a aceitar a expedição de mercadorias para as suas estações e para as de quaisquer outras linhas a que estejam diretamente ligadas (Lei nº 2.681, de 1912, art. 13) e a transportá-las com *cuidado, exatidão e presteza*, inclusive encomendas, animais vivos e valores que para esse fim lhes foram entregues (Dec. nº 15.673, de 1992, art. 99; RGT, arts. 13 e 20).”

Não é, entretanto, de caráter absoluto esta obrigação legal do transporte. Ela se acha subordinada a condições e restrições previstas na legislação, nos contratos e regulamentos das estradas. Em tese, a recusa seria justificada nos casos de força maior ou na impossibilidade do transporte, atendendo-se aos meios ordinários de que dispõe a empresa ferroviária, e por tais se entendem aqueles que, de acordo com as leis e na conformidade dos contratos de concessão, ou licenças, devem servir às necessidades do tráfego normal.⁴

Na realidade as estradas de ferro não podem, em regra, recusar o recebimento das mercadorias porque, possuindo essas estradas tabelas fixas para o preço dos transportes, as pessoas que desejarem transportar mercadorias, ao entregá-las às estradas estão aceitando as condições impostas por elas, caracterizando-se o contrato como um *contrato de adesão*. Quanto à recusa, em caso de força maior, é fato existente em todos os contratos que, por motivo de força maior, poderão deixar de ser executados, sem que a parte que não cumprir o contrato responda por perdas e danos, conforme esclarece o art. 393 do Código Civil.

b) Obrigação do remetente de pagar o frete

A segunda obrigação do remetente é a de pagar o frete, nos modos e nas condições ajustados. Sendo o transporte um contrato bilateral, oneroso e comutativo, o frete representa a contraprestação pelo serviço realizado pelo transportador. Nos chamados *transportes livres* o frete pode ser ajustado livremente entre as partes; nos transportes por estradas de ferro, ou quaisquer outras empresas de viação (exemplo: empresas de transportes rodoviários, barcos, transportes urbanos de mercadorias etc.), em que haja sido fixada pelo transportador uma tabela de preço dos transportes, tabela essa em geral aprovada por órgãos oficiais do Estado, o contrato se firma por simples adesão do remetente. Desde que esse aceite os preços e as condições estipulados, o contrato considera-se perfeito, passando a gerar obrigações para ambas as partes.

O preço poderá ser pago antes de ser executado o transporte ou depois desse. No primeiro caso, tem-se o chamado *frete pago*; no segundo, o *frete a pagar*. Mais lógico seria o pagamento depois de executado o transporte; entretanto, o comum é pagar o remetente o preço do frete ao entregar a mercadoria ao transportador.

Não efetuando o remetente o pagamento do preço, tem o transportador o direito de reter a mercadoria. O Código Comercial de 1850 dizia que os gêneros carregados constituíam *hipoteca tácita* do frete e despesas feitas pelo transportador (art. 117). A *hipoteca tácita*, entretanto, de que tratavam, entre outros, os arts. 97 (sobre trapicheiros e administradores de armazéns de depósito) e 117 (sobre condutores de gêneros), e de que tratam os arts. 565 (sobre o salário do capitão do navio e as soldadas de equipagem), 626 (sobre fretes e avarias grossas no transporte marítimo), 633 (sobre empréstimos marítimos ou câmbio marítimo), 738 (sobre as despesas com as soldadas) e 876, n^{os} V e VI (ordem dos credores privilegiados na falência), e que significava *hipoteca legal*, em contraposição à *hipoteca voluntária* ou *contratual*, não mais existe no Direito brasileiro. Em seu lugar, há o *direito de retenção* das mercadorias, assegurado ao transportador pelo art. 751 c.c. o art. 644 do Código Civil. Assim, executado o transporte e não efetuando o remetente o pagamento do preço, tem o transportador o direito de reter a mercadoria até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas feitas com ela, ou dos prejuízos que do seu depósito advierem. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o transportador poderá exigir caução idônea do remetente ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem (Código Civil, art. 751 c.c. os arts. 643 e 644). Em caso de falência do remetente que não pagou o frete, o transportador ou condutor tem privilégio especial sobre as mercadorias transportadas, na forma do art. 83, IV, *b*, da Lei n^o 11.101, de 09.02.2005 (Lei de Falências).

c) Obrigação do remetente de bem acondicionar a mercadoria entregue para o transporte

Ajustado o transporte, o transportador é obrigado a receber a mercadoria e, enquanto essa se encontra em seu poder, a “empregar toda a diligência e meios praticados pelas pessoas exatas no cumprimento dos seus deveres em casos semelhantes, para que os mesmos gêneros se não deteriorem”, sendo responsáveis “pelas perdas e danos que, por malversação ou omissão sua, ou dos seus feitores, caixeiros ou outros quaisquer agentes, resultarem”, como estatuiu o Código Comercial de 1850, no art. 99.

Para que, entretanto, possa o transportador assumir essa responsabilidade, necessário será que o remetente entregue a mercadoria acondicionada de tal maneira que possa ser transportada sem perigo de estrago. Regulando a matéria, o Código Civil de 2002 dispõe, no art. 746, obrigações correlatas para o remetente e o transportador. O remetente deve acondicionar bem a mercadoria entregue para o transporte, embalando-a de maneira adequada e segura, que não coloque em risco a saúde das pessoas e não danifique o veículo e outros bens. O transportador poderá recusar a coisa se ela não se encontrar acondicionada nesse estado ou reembalá-la devidamente, caso prefira não recusá-la.

O antigo Regulamento Geral dos Transportes para as estradas de ferro brasileiras, aprovado pelo Decreto n^o 51.813, de 08.05.1963, e já revogado, nos seus arts. 49 e 50, explicitava o seguinte:

“Art. 49. As empresas poderão recusar despacho ao que se lhes apresentar mal acondicionado.

Parágrafo único. O acondicionamento é considerado mau quando:

- a) não satisfazer as instruções vigorantes quanto ao tipo e natureza do invólucro julgado necessário, e quanto a calços, enchimentos e mais dispositivos que evitem choques entre as peças do conteúdo;
- b) permitir que se retire do volume, sem deixar vestígios, o seu conteúdo ou parte dele;
- c) permitir que o conteúdo, em todo ou em parte, possa sair, vaziar, escapar, fugir ou sofrer quaisquer danos em viagem;
- d) não puder resistir ao peso do próprio conteúdo, ou dos volumes que se lhe possam sobrepor, em carregamento ou empilhamento regulares;
- e) não preservar, convenientemente, o conteúdo de deterioração;
- f) possa causar perdas, avarias, ou qualquer prejuízo a outros volumes, ou estrago no material da empresa.

Art. 50. Excetuado o caso previsto na letra *f* do parágrafo anterior a empresa poderá por insistência do expedidor, conceder despacho ao que lhe seja apresentado sem o devido acondicionamento, ou ao que ela considere mal acondicionado, desde que o mesmo expedidor ou seu preposto formule e assine na nota de expedição, ou se for esta dispensada, nas folhas de despacho, ou em documento à parte declaração formal de que reconhece a falta ou defeito de acondicionamento, isentando, assim, a referida empresa e quaisquer outras coparticipantes no transporte, de responsabilidades consequentes.

Parágrafo único. Volumes que as empresas considerarem não suscetíveis de estragos durante o transporte poderão ser recebidos sem qualquer acondicionamento.”

Parece óbvio que, se do mau acondicionamento puderem resultar danos para outras mercadorias entregues ao transportador, a este caberá recusar o recebimento das mesmas.

O atual Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, dispõe o seguinte, nos seus arts. 32 e 33:

“Art. 32. A Administração Ferroviária é responsável por falta, avaria, entrega indevida e perda total ou parcial da carga que lhe for confiada para transporte. § 1º A responsabilidade fica limitada ao valor declarado pelo expedidor, obrigatoriamente constante do conhecimento de transporte.

§ 2º Havendo culpa recíproca do usuário e da Administração Ferroviária, a responsabilidade será proporcionalmente partilhada.

§ 3º É presumida perda total depois de decorridos trinta dias do prazo de entrega ajustado, salvo motivo de força maior.

Art. 33. No tráfego mútuo, a indenização devida por falta ou avaria será paga pela Administração Ferroviária de destino, independentemente da apuração das responsabilidades.

Parágrafo único. As coparticipantes do tráfego mútuo fixarão entre si os critérios de apuração das respectivas responsabilidades e consequente liquidação.”

d) Obrigação de declarar a natureza e o valor das mercadorias entregues em invólucros fechados

A fim de evitar fraude por parte do expedidor, dispõe o Código que este é obrigado a declarar a natureza, valor, peso e quantidade das mercadorias que fo-

rem entregues fechadas, e tudo mais que for necessário para que não se confunda com outras (art. 743), e o transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento (art. 744, parágrafo único). Pode o transportador, presumindo fraude na declaração, verificar a sua exatidão, abrindo o invólucro que contenha a mercadoria. A verificação será feita sempre na presença do expedidor ou pessoa por ele autorizada e de duas testemunhas. Estando o conteúdo do invólucro conforme a declaração, o expedidor reacondicionará a mercadoria por sua conta; em caso contrário, havendo informação inexata ou falsa descrição por parte do remetente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência (art. 745).

Registrem-se, aqui, os seguintes dispositivos específicos sobre o transporte ferroviário: Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912 (Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro):

“Art. 1º As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar. Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas: 1ª – caso fortuito ou força maior; 2ª – que a perda ou avaria se deu por vício intrínseco da mercadoria ou causas inerentes à sua natureza; 3ª – tratando-se de animais vivos, que a morte ou avaria foi consequência de risco que tal espécie de transporte faz naturalmente correr; 4ª – que a perda ou avaria foi devida ao mal acondicionamento da mercadoria ou a ter sido entregue para transportar sem estar encaixotada, enfardada ou protegida por qualquer outra espécie de envoltório; 5ª – que foi devido a ter sido transportada em vagões descobertos, em consequência de ajuste ou expressa determinação do regulamento; 6ª – que o carregamento e descarregamento foram feitos pelo remetente ou pelo destinatário ou pelos seus agentes e disto proveio a perda ou avaria; 7ª – que a mercadoria foi transportada em vagão ou plataforma especialmente fretada pelo remetente, sob a sua custódia e vigilância, e que a perda ou avaria foi consequência do risco que essa vigilância devia remover.

Art. 5º Será obrigatória, por parte do remetente, a declaração da natureza e valor das mercadorias que forem entregues fechadas. Se a estrada de ferro presumir fraude na declaração, poderá verificar, abrindo o caixão, fardo, ou qualquer invólucro que a contenha. Demonstrada, porém, a verdade da declaração feita pelo remetente, a estrada de ferro, sem demora e a expensas suas, acondicionará a mercadoria novamente tal qual se achava.”

O antigo Regulamento Geral dos Transportes para as estradas de ferro brasileiras, aprovado pelo Decreto nº 51.813, de 08.09.1963, e já revogado, dispunha, no art. 54, que “As empresas têm o direito, consoante o disposto no artigo 23, de verificar se o conteúdo e o valor do que lhes for apresentado, para despacho, correspondem às indicações escritas ou verbais do expedidor”.

O atual Regulamento Geral dos Transportes para as estradas de ferro brasileiras, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, dispõe o seguinte, no seu art. 21:

“Para efeito de transporte, cabe ao expedidor prestar as declarações exigidas pela Administração Ferroviária e atender as condições para sua efetivação.

§ 1º A Administração Ferroviária poderá estabelecer prazo e condições para o expedidor regularizar a expedição ou retirar o que tenha sido objeto de despacho, ressalvados os casos definidos por ajustes.

§ 2º Não haverá qualquer responsabilidade da Administração Ferroviária, se o expedidor deixar de cumprir as condições e os prazos que forem estabelecidos.

§ 3º Na ocorrência do evento previsto no parágrafo anterior, o expedidor ficará sujeito ao pagamento da tarifa vigente na data em que se iniciar o transporte, independentemente da cobrança das taxas cabíveis.”

II – Obrigações do transportador

São obrigações do transportador, segundo o Código Civil:

1. receber a mercadoria, transportá-la seguindo o itinerário ajustado para o transporte, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado, e entregá-la ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, no prazo ajustado ou previsto e lugar convencionados;
2. expedir o conhecimento de frete com a menção dos dados que identifiquem a mercadoria, obedecido o disposto em lei;
3. reembalar a mercadoria, cuja embalagem seja inadequada ou possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens, caso prefira não recusá-la;
4. verificar se a mercadoria está devidamente caracterizada pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e o mais que for necessário para que não se confunda com outras e se o destinatário se acha indicado ao menos pelo nome e endereço;
5. recusar a mercadoria cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento;
6. solicitar incontinenter, instruções ao remetente e zelar pela mercadoria, se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção;
7. depositar a mercadoria em juízo, se tiver dúvida acerca de quem seja o destinatário e não lhe for possível obter instruções do remetente; ou vendê-la, depositando o saldo em juízo, se a demora puder ocasionar a deterioração da mercadoria, informar ao remetente do eventual depósito ou venda, responder pela guarda e conservação da mercadoria por ele depositada em seus próprios armazéns e responder, salvo motivo de força maior, pelo perecimento ou deterioração da mercadoria.

Seguem considerações sucintas sobre as principais delas:

a) Obrigações de receber, transportar e entregar as mercadorias, no tempo e lugar convencionados

O transportador é obrigado a receber as mercadorias, não podendo recusá-las, salvo se constatar: a) que o seu transporte ou comercialização não são permi-

tidos; b) que ela vem desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento; c) que a sua embalagem pode colocar em risco a saúde das pessoas ou danificar veículo e outros bens (Código Civil, arts. 746 e 747). Essa obrigação de receber a mercadoria decorre da natureza consensual do contrato; uma vez firmado este, mediante o acordo mútuo, nasce a obrigação do transportador de efetuar o transporte, para a efetivação do qual é indispensável o recebimento da mercadoria.

Recebida esta, deve o condutor, enquanto aguarda o transporte, conservá-la com cuidado, neste ponto se assemelhando o transporte ao contrato de depósito. Em seguida, cumpre-lhe transportá-la ou fazê-la transportar, e, finalmente, entregá-la ao destinatário ou consignatário.

Durante todo o processo do transporte, cabe ao transportador adotar as providências indispensáveis para que a mercadoria não se estrague, respondendo, assim, por qualquer dano que ela sofrer enquanto estiver aos seus cuidados, exceto os resultantes do vício próprio da coisa, caso fortuito ou força maior. Tendo sido prevista data para entrega da mercadoria ao destinatário, se por acaso essa for ultrapassada, responde o condutor pelos prejuízos sofridos pelo expedidor em virtude do atraso. Assim, se a mercadoria é destinada à revenda e no dia apurado para a entrega tinha um preço X, se, atrasando-se a entrega, sofrer o preço diminuição, responde o transportador pelo prejuízo sofrido por essa baixa de preço.

Finalmente, o lugar da entrega é aquele estipulado pelas partes e nele é que a mercadoria deverá ser entregue. Não entregando a mercadoria no lugar do destino, responde o transportador pelos prejuízos sofridos pelo remetente ou pelo consignatário.

b) Obrigação de expedir o conhecimento do frete

Ao receber a mercadoria, deverá o transportador emitir o conhecimento de frete ou de carga, documento que contém determinados requisitos destinados a caracterizá-la. O conhecimento é o documento que prova o recebimento da mercadoria pelo transportador e que serve para a retirada da mesma por parte do destinatário.

Deve o conhecimento de frete conter obrigatoriamente determinados requisitos (Lei nº 9.611, de 19.02.1998, art. 10 c.c. o art. 31), sendo considerada original a sua 1ª via. O conhecimento original tem as características de título de crédito e como tal pode circular segundo as normas de circulação desses títulos.

c) Obrigação de seguir o itinerário ajustado

Poderão remetente e transportador ajustar o itinerário que a mercadoria deve fazer para chegar ao local do destino. Se assim acontecer – e o ajuste deve constar expressamente do conhecimento de carga, onde já existe uma cláusula designando o lugar da partida da mercadoria e o lugar do destino –, o transportador fica obrigado a seguir o itinerário combinado, sob pena de responder por perdas e danos. Excetuam-se os casos de força maior, como aqueles exemplificados no art. 110 do Código Comercial de 1850 (ser o caminho intransitável ou oferecer maiores riscos).

Em geral, as empresas de transportes possuem itinerários marcados, que são levados ao conhecimento do remetente antes de contratado o transporte; nesses casos, ao aceitar o transporte, sem restrições, o remetente aceita também o itinerário prefixado. Muitas vezes, também, para salvaguardar sua responsabilidade, o transportador inclui no contrato de transporte uma cláusula segundo a qual poderá o itinerário ser alterado sem responsabilidade para ele. Por tal razão é que a lei pede que a cláusula fixando o itinerário seja expressamente ajustada no contrato. Assim acontecendo, não poderá o transportador eximir-se de responsabilidade, a não ser pelos motivos mencionados na lei.

d) Obrigação de aceitar a variação de consignação

O art. 748 do Código Civil estatui que o remetente pode variar de *consignação*, isto é, mudar a pessoa a quem a mercadoria deve ser entregue, bem como alterar o destino da mercadoria, fazendo-a entregar em lugar diverso daquele anteriormente combinado. Em ambos os casos, estas alterações só poderão ser feitas, como é lógico, antes de entregue a mercadoria ao destinatário. Havendo variação do lugar da entrega pelo transportador, se para tal for esse obrigado a mudar de caminho ou ultrapassar o anteriormente convencionado, tem ele direito a um reajuste de frete; caso o remetente não concorde com o reajuste, o transportador é obrigado a entregar a mercadoria apenas no lugar do destino mencionado no conhecimento.

O Dec. nº 19.473, de 1930, ao regular os conhecimentos de carga, dispunha, no art. 7º, que o remetente, o consignatário, o endossatário ou o portador do conhecimento poderia, exibindo o conhecimento, exigir o desembarque e a entrega da mercadoria em trânsito, para isso pagando o frete por inteiro, ou seja, o frete estipulado até o lugar do destino e mais as despesas a que o desembarque der lugar.⁵ Excetuava-se dessa faculdade a pessoa que detivesse o conhecimento por endosso pignoratício, pois esse endosso, como se sabe, apenas constitui o endossatário em credor do endossante (Dec. nº 19.473, de 1930, art. 4º, parágrafo único).

No ordenamento vigente não se encontram dispositivos idênticos. Contudo, nada impede que se proceda da mesma maneira. Quanto à responsabilidade tributária do transportador, nesta hipótese, aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, o disposto no art. 11 do Decreto nº 9.611, de 19.02.1998: “Art. 11. A responsabilidade tributária do Operador de Transporte Multimodal permanece desde a concessão do regime de trânsito aduaneiro até o momento da entrega da mercadoria ou carga em recinto alfandegado de destino. Parágrafo único. No caso de dano ou avaria de mercadoria importada deverá ser lavrado o ‘Termo de Avaria’ pelo depositário no destino.” Quanto à responsabilidade do transportador perante o remetente, o consignatário, o endossatário ou o portador do conhecimento, prevalecerão as normas do Código Civil.

RESPONSABILIDADES DO REMETENTE E DO TRANSPORTADOR

Tanto o remetente como o transportador assumem, além das obrigações acima enumeradas, outras responsabilidades, decorrentes de sua própria posição no contrato. Examinemos rapidamente essas responsabilidades.

5 O mesmo dispositivo consta do art. 106 do Reg. Geral dos Transportes.

I – Responsabilidade do remetente

170. Vício próprio, caso fortuito e força maior – Ao serem entregues as mercadorias ao transportador, este passa a responder pelos danos que elas sofrerem durante o transporte. No entanto, exime-se dessa responsabilidade, correndo os danos por conta do remetente, se os mesmos provierem de vício próprio da coisa, *caso fortuito* ou *força maior*.

Entende-se por *vício próprio da coisa* a facilidade que tem esta de deteriorar-se ou de, espontaneamente, alterar-se. É, assim, uma causa decorrente da própria natureza da mercadoria. O algodão em pluma, por exemplo, sofrendo atritos, pode entrar em combustão; gêneros alimentícios ou outras mercadorias podem ser atacados de mofo, inutilizando-se. Esses são vícios próprios, que decorrem da natureza da coisa, e qualquer dano que esta venha a sofrer, por ocasião do transporte, originado por tais vícios, não é a da responsabilidade do transportador, e sim do remetente.

Casos fortuitos ou *força maior*, diz Bento de Faria, “são acontecimentos que se não podem evitar, são os acidentes em que a ação ou a vontade do homem não tem parte alguma: o raio, a tempestade, o naufrágio, a obstrução do caminho etc.”.⁶ O Código Civil dá o conceito do caso fortuito ou de força maior ao declarar que ele “verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”; e dispõe que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado” (art. 393).

O art. 170, *caput*, do Regulamento Geral dos Transportes para as estradas de ferro brasileiras aprovado pelo Decreto nº 51.813, de 08.03.1963, assim definia os casos fortuitos ou de força maior:

“Art. 170. Consideram-se casos ‘fortuitos’, ou de ‘força-maior’ os que decorrem de fatos ou fenômenos inesperados, ou imprevisíveis, ou quando previsíveis, sejam inevitáveis em si ou em suas consequências, a saber: certos acidentes não imutáveis, comprovadamente, à deficiência do serviço da empresa; tremores de terra, desmoronamentos inopinados, tempestades, raios, inundações, revoluções, saques, perturbações da ordem, greves, em suma, quaisquer ocorrências contra a superveniência das quais se tornarem impraticáveis medidas preventivas do coibitivas.”

Com base nesse dispositivo, alguns doutrinadores modernos passaram a efetuar uma sutil distinção entre casos “de força maior” e “casos fortuitos”: casos de “força maior” seriam os “fatos ou fenômenos” [totalmente] inesperados ou imprevisíveis; “casos fortuitos”, acontecimentos “não imutáveis” e com maior grau de previsibilidade, como os decorrentes da “deficiência do serviço da empresa” e que, portanto, se relacionam com os riscos da atividade empresarial do transportador.

A isenção da responsabilidade do condutor ou transportador nos danos verificados por vício próprio da mercadoria, caso fortuito ou força maior já constava do art. 102 do Código Comercial de 1850, e fora reproduzida nos Regulamentos

⁶ Bento de Faria, *Código Comercial Anotado*, 2ª ed., 1912, nota 108 ao art. 102.

Gerais dos Transportes que se lhe seguiram. A prova, entretanto, de que os danos provieram desses fatos cabe ao transportador. Se, contudo, se provar que para a ocorrência dos danos por *vício próprio da coisa, caso fortuito* ou *força maior* houve negligência ou culpa do transportador, este passará a responder pelos prejuízos, uma vez que os danos não se teriam verificado houvesse ele adotado as medidas de cuidado que tinha o dever de praticar como transportador ou, como dizia o art. 104 do Código Comercial de 1850, “por ter deixado de cumprir as precauções e diligências praticadas em circunstâncias idênticas por pessoas diligentes”.

Concorrendo para o dano culpa do remetente ou consignatário e do transportador, a responsabilidade será distribuída proporcionalmente entre os culpados. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (Código Civil, art. 945). Havendo culpa recíproca do usuário e da Administração Ferroviária, a responsabilidade será proporcionalmente partilhada (Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, art. 32, § 1º).

171. Outras responsabilidades a cargo do remetente – Também correm por conta do *remetente* os danos causados à mercadoria, durante o transporte (art. 31, letras *a* a *e*, do Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996):

“A responsabilidade da Administração Ferroviária, pelo que ocorrer de anormal nas operações a seu cargo, é elidida diante de:

- a) vício intrínseco da mercadoria ou causas inerentes à natureza do que foi confiado para transporte;
- b) morte ou lesão de animais, em consequência do risco natural do transporte dessa natureza;
- c) falta de acondicionamento ou vício não aparente, ou procedimento doloso no acondicionamento do produto;
- d) dano decorrente das operações de carga, descarga ou baldeação efetuadas sob a responsabilidade do expedidor, do destinatário ou de seus representantes;
- e) carga que tenha sido acondicionada em *container* ou vagão lacrados e, após o transporte, o vagão ou *container* tenham chegado íntegros e com o lacre inviolado.

Segundo o art. 32, § 2º, do Regulamento Geral dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, havendo culpa recíproca do usuário e da Administração Ferroviária, a responsabilidade será proporcionalmente partilhada.

No mesmo sentido dispõe o art. 16 da Lei nº 9.611, de 19.02.1998, ao tratar da responsabilidade do operador de transporte multimodal e seus subcontratados:

“Art. 16. O Operador de Transporte Multimodal e seus subcontratados somente serão liberados de sua responsabilidade em razão de:

- I – ato ou fato imputável ao expedidor ou ao destinatário da carga;
- II – inadequação da embalagem, quando imputável ao expedidor da carga;
- III – vício próprio ou oculto da carga;
- IV – manuseio, embarque, estiva ou descarga executados diretamente pelo expedidor, destinatário ou consignatário da carga, ou, ainda, pelos seus agentes ou propostos;

V – força maior ou caso fortuito.

Parágrafo único. Inobstante as excludentes de responsabilidade previstas neste artigo, o Operador de Transporte Multimodal e seus subcontratados serão responsáveis pela agravação das perdas ou danos a que derem causa.”

II – Responsabilidades do transportador

172. Responsabilidades do transportador – O transportador também assume várias responsabilidades ao contratar o transporte de mercadorias. As principais dessas responsabilidades são as seguintes:

a) Perdas, furtos ou avarias nas mercadorias transportadas

Regra geral, correm por conta do transportador as perdas, furtos ou avarias que as mercadorias sofrerem desde o momento em que as receber até o momento da entrega ao destinatário. Excetua-se a regra nas hipóteses anteriormente mencionadas (art. 31, letras *a* e *e*, do Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, e art. 16, *caput*, nºs I a V, da Lei nº 9.611, de 19.02.1998, sobre o Transporte Multimodal de Cargas).

Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados às mercadorias. “Todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano” (Código Civil, art. 756).

Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto (Código Civil, art. 733, § 2º).

No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega (Código Civil, art. 754, parágrafo único).

A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado (Código Civil, art. 750). No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano (Código Civil, arts. 733, 750, 754, parágrafo único, e 756).

b) Danos relativos à entrega da mercadoria fora do prazo ajustado

O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para entregá-la no prazo ajustado ou previsto (Código Civil, art. 749).

Não convencionando as partes o prazo em que a mercadoria deve ser entregue, o transportador diligenciará para transportá-la com brevidade, seguindo a

ordem do recebimento. Constando, porém, do contrato de transporte prazo certo para a entrega da mercadoria, se essa não for entregue no prazo ajustado, o transportador responde pelos prejuízos sofridos pelo remetente ou consignatário, prejuízos verificados na baixa de preço ou diminuição que a mercadoria venha a sofrer, se a carga for de líquidos, por exemplo.

Quanto ao valor da indenização a ser paga pelo transportador em casos de perdas, furtos, avarias da mercadoria ou sua entrega fora do prazo, o Código Civil dispõe que a responsabilidade do transportador é limitada ao valor constante do conhecimento (art. 750). O mesmo critério é acolhido pelos textos legais que tratam do transporte ferroviário e adotado como regra geral pela lei que dispõe sobre o transporte multimodal de cargas, como se passa a expor.

No transporte ferroviário, a responsabilidade da estrada de ferro rege-se pelo Decreto nº 2.681, de 07.12.1912 –, que, na verdade, é uma Lei publicada como Decreto e regula a responsabilidade civil das estradas de ferro – e pelo Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996.

O Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, faz uma discriminação: a) nos casos de perda ou furto, a indenização pelas estradas de ferro será equivalente ao preço corrente da mercadoria no tempo e no lugar em que devia ter sido entregue; e “se na declaração o remetente diminuir com culpa ou dolo o valor da mercadoria, será o valor declarado a base da indenização” (art. 6º); e b) nos casos de atraso da entrega das mercadorias, a estrada de ferro perderá, em favor do proprietário da mercadoria, uma parte do preço do transporte, proporcional ao tempo de atraso; e “se pelo particular for provado que a demora lhe causou um dano maior, por ele responderá a estrada de ferro, até a importância máxima correspondente ao valor da mercadoria (art. 7º); mas também dispõe o seguinte: c) será obrigatória, por parte do remetente, a declaração da natureza e valor das mercadorias que forem entregues fechadas (art. 5º); d) se na declaração o remetente diminuir com culpa ou dolo o valor da mercadoria, será o valor declarado a base da indenização (art. 6º, parágrafo único)”.

O Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, em seu art. 31, faz remissão expressa ao Decreto nº 2.681, de 07.12.1912 (art. 31), e assim dispõe sobre o valor da indenização a ser paga pelo transportador em casos de perdas, furtos, avarias da mercadoria ou sua entrega fora do prazo; diz que: a) a Administração Ferroviária é responsável por falta, avaria, entrega indevida e perda total ou parcial da carga que lhe for confiada para transporte; b) a responsabilidade fica limitada ao valor declarado pelo expedidor, obrigatoriamente constante do conhecimento de transporte; c) não haverá qualquer responsabilidade da Administração Ferroviária, se o expedidor deixar de cumprir as condições e os prazos que forem estabelecidos; d) o expedidor é responsável pelo que declarar e sujeitar-se-á às consequências de falsa declaração; e e) havendo culpa recíproca do usuário e da Administração Ferroviária, a responsabilidade será proporcionalmente partilhada (art. 32, §§ 1º e 2º, c.c. os arts. 21, § 2º, e 22, *caput*).

Não há contradição entre os dois Decretos. Ambos pressupõem a obrigação do remetente da mercadoria de declarar corretamente o seu valor, que deverá constar do conhecimento de transporte, responsabilizar-se pela sua declaração e sujeitar-se às consequências de falsa declaração.

A Lei nº 9.611, de 19.02.1998, fixa esta regra geral no seu art. 17, *caput*: A responsabilidade do Operador de Transporte Multimodal por prejuízos resultantes de perdas ou danos causados às mercadorias é limitada ao valor declarado pelo expedidor e consignado no Conhecimento de Transporte Multimodal, acrescido dos valores do frete e do seguro correspondentes.

c) Responsabilidade pelo não cumprimento das formalidades fiscais

Para que o transporte se possa realizar, necessário é que sejam cumpridas formalidades exigidas pela lei ou pelos regulamentos fiscais, como, por exemplo, estar a mercadoria acompanhada de documentação fiscal. O cumprimento dessas formalidades cabe, principalmente, ao transportador. Assim sendo, será ele responsável pelo que ocorrer ocasionado pelo não cumprimento dessas formalidades, ainda mesmo que tenha ordem do remetente para agir contra essas leis ou esses regulamentos. O Código Tributário Nacional trata do imposto, de competência da União, sobre serviços de transportes, e dispõe que contribuinte desse imposto é o prestador do serviço (CTN, arts. 68-70).

173. Prazo da responsabilidade do transportador – O Código Civil estabelece, no art. 750, que a responsabilidade do transportador começa a correr a partir do momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a mercadoria, terminando com a entrega dessas ao destinatário ou o seu depósito em juízo, se aquele não for encontrado. Esclarecendo esse momento do recebimento das mercadorias, o Decreto nº 2.681, de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, estatui, no art. 3º, que:

“A responsabilidade começará ao ser recebida a mercadoria *na estação* pelos empregados da estrada de ferro, *antes mesmo do despacho*, e terminará ao ser *efetivamente* entregue ao destinatário.”

O Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 1996, voltando a falar no assunto, no art. 30, não precisa o instante em que se deve considerar a mercadoria recebida, como fez o art. 3º do Decreto nº 2.681, de 1912, apenas declarando que “a responsabilidade da Administração Ferroviária começa com o recebimento da mercadoria”.

Quanto à entrega da mercadoria, aduz que a responsabilidade “cessa com a entrega da mesma, sem ressalvas, ao destinatário” (art. 30).

O Decreto nº 1.832, de 1996, não modificou o estatuído no art. 3º do Decreto nº 2.681, de 1912, segundo o qual “a responsabilidade começará ao ser recebida a mercadoria *na estação* pelos empregados da estrada de ferro, *antes mesmo do despacho*, e terminará ao ser *efetivamente* entregue ao destinatário”. Assim sendo, no transporte ferroviário, segundo esse decreto, deve-se compreender o momento do recebimento da mercadoria, que marca o início da responsabilidade, como sendo o

em que esta é recebida na estação, pelos empregados da empresa transportadora, *antes mesmo de a mercadoria ser despachada*. A natureza consensual do contrato justifica essa interpretação. O despacho da mercadoria, ou seja, a emissão do conhecimento com as especificações que a lei determina, faz parte da *execução* do contrato, que já se considera perfeito pelo simples consentimento dos contratantes.

Esse entendimento já era confirmado pelo antigo Regulamento Geral dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 51.813, de 08.03.1963, que, no art. 163, esclarecedoramente estabelecia:

“A responsabilidade da empresa, pelo que lhe é confiado para transporte, começa logo após o recebimento, pelo empregado competente, antes mesmo do despacho, e cessa com a entrega efetiva da expedição a quem de direito.”

A Administração Ferroviária é responsável por falta, avaria, entrega indevida e perda total ou parcial da carga que lhe for confiada para transporte. Deverá organizar e manter serviços para atender às reclamações. É obrigada a receber e protocolizar reclamações referentes aos serviços prestados e a pronunciar-se a respeito no prazo de trinta dias a contar da data do recebimento da reclamação. Mas a sua responsabilidade fica limitada ao valor declarado pelo expedidor, obrigatoriamente constante do conhecimento de transporte (Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, arts. 9º e 32).

As reclamações, em casos de avaria ou perda parcial, devem ser apresentadas por escrito, pelos interessados, ao representante local da empresa, antes da retirada das expedições. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega (Código Civil, art. 754, parágrafo único,⁷ e Código de Processo Civil e Comercial de 1939, art. 756 mantido pelo art. 1.218 do Código de Processo de 1973).⁸

O art. 8º do Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, fixava o prazo para reclamação em trinta dias (“Art. 8º O pagamento do preço do transporte feito pelo destinatário, e bem assim o recebimento da mercadoria, sem reserva o protesto, exonerará a estrada de ferro de qualquer responsabilidade. Nos casos de avaria oculta ou perda parcial que só mais tarde possam ser verificadas, deverá a reclamação ser feita perante a estrada de ferro no prazo de 30 dias, incumbindo ao reclamante provar em

7 “Art. 754. [...] Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega.”

8 **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973:** “Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: [...] XI – à vistoria de fazendas avariadas (art. 756)”; (Inciso X reenumerado pela Lei nº 6.780, de 12.5.1980).

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939: “Art. 756. Salvo prova em contrário, o recebimento de bagagem ou mercadorias, sem protesto do destinatário, constituirá presunção de que foram entregues em bom estado e em conformidade com o documento de transporte.”

juízo que a avaria teve lugar antes da entrega”). Contudo, houve uma derrogação desse artigo quanto ao prazo para reclamação.

As reclamações por perda total podem ser formuladas por escrito. Contudo, nem o Código Civil nem o Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, nem o Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, nem a Lei nº 9.611, de 19.02.1998, que dispõe sobre o transporte multimodal de cargas, prevê prazo para reclamação por perda total.

O Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, diz que será presumida a perda total 30 dias depois de findo o prazo marcado pelos regulamentos para a entrega da mercadoria (art. 4º). O Regulamento dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, dispõe que é presumida perda total depois de decorridos trinta dias do prazo de entrega ajustado, salvo motivo de força maior (art. 32, § 3º).

Segundo a Lei nº 9.611, de 19.02.1998, que dispõe sobre o transporte multimodal de cargas, o atraso na entrega ocorre quando as mercadorias não forem entregues dentro do prazo expressamente acordado entre as partes ou, na ausência de tal acordo, dentro de um prazo que possa, razoavelmente, ser exigido do operador de transporte multimodal, tomando em consideração as circunstâncias do caso; se as mercadorias não forem entregues dentro de noventa dias corridos depois da data da entrega estabelecida, de conformidade com o disposto anteriormente, o consignatário ou qualquer outra pessoa com direito de reclamar as mercadorias poderá considerá-las perdidas (art. 14). E as ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado do nonagésimo dia após o prazo previsto para a entrega da mercadoria, sob pena de prescrição (art. 22).

174. Cláusula de não responsabilidade – Não poderá o transportador eximir-se da responsabilidade de entregar as mercadorias que lhe foram confiadas para transporte. O conhecimento prova o recebimento da mercadoria (art. 744) e a obrigação de entregá-la no local de destino. E, ao receber a mercadoria, passa o condutor a responder pelos riscos que esta sofrer, só cessando essa responsabilidade com a entrega. Assim sendo, qualquer dano sofrido, durante o transporte, pela mercadoria, corre por conta do transportador. Nenhuma cláusula de não responsabilidade pode eximir o transportador desse encargo.

175. Valor da indenização

Havendo perdas, furtos, avarias da mercadoria ou sua entrega fora do prazo, o transportador fica sujeito a indenizar o remetente. Já vimos, no tópico 171-A, b, *supra*, que a responsabilidade do transportador é limitada ao valor do conhecimento de transporte.

Somente será o transportador responsável pelas mercadorias constantes do conhecimento, não podendo o remetente alegar, em caso de indenização, haver enviado maior quantidade nem mercadoria de valor superior ao que foi especificado no conhecimento.

Nos casos de *perda parcial ou avaria* não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega (Código Civil, art. 754, parágrafo único, e Código de Processo Civil e Comercial de 1939, art. 756 mantido pelo art. 1.218 do Código de Processo Civil de 1973).

No transporte ferroviário, a liquidação da indenização prescreverá em um ano, a contar da data da entrega da mercadoria; no caso de *furto* ou *perda*, a liquidação prescreve também em um ano, contado, porém, esse prazo a partir do trigésimo dia após aquele em que, pelos regulamentos das empresas de transporte, a mercadoria deveria ter sido entregue (Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, art. 9º).

Note-se, *en passant*, que o art. 31 do Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996 (Governo Fernando Henrique Cardoso), que aprovou o Regulamento dos Transportes Ferroviários, faz remissão expressa ao Decreto nº 2.681, de 07.12.1912.

No transporte multimodal de cargas, as ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra, do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição (Lei nº 9.611, de 19.02.1998, art. 22).

176. Exoneração da responsabilidade do transportador – Já vimos que, de modo próprio, não pode o transportador eximir-se da responsabilidade pelos riscos que a coisa venha a sofrer durante o transporte.

As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos (Código Civil, art. 754). Além disso, bagagens também são coisas; e o transportador responde pelos danos causados às bagagens de pessoas transportadas, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega (Código Civil, art. 754).

Essa denúncia, em casos de *perda parcial ou avaria* não perceptível à primeira vista, deverá ser feita dentro de dez dias a contar da entrega (Código Civil, art. 754, parágrafo único). A denúncia poderá ser feita mediante ressalva no conhecimento ou em documento separado, não sendo admitida ação contra o transportador se, no prazo acima especificado, o protesto não se realizar.

Nos transportes ferroviários, as partes podem convencionar cláusula de não garantia mediante diminuição do valor da tarifa, constando essa convenção de cláusula expressa do contrato (Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, art. 12,⁹ e Regulamento

9 Decreto nº 2.681, de 07.12.1912: “Art. 12. A cláusula da não garantia das mercadorias, bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria, não poderão ser estabelecidas pelas estradas de ferro senão de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição de tarifa. Serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei.”

dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, arts. 17, §§ 1º e 2º, e 21, § 2º).¹⁰ Não havendo, entretanto, essa cláusula de exoneração de responsabilidade, nos transportes ferroviários, a responsabilidade do transportador pelos danos que a coisa venha a sofrer durante o transporte não é indefinida. Deverá o consignatário, ao receber a mercadoria, fazer o protesto necessário junto ao transportador ferroviário, para ser efetivada a responsabilidade do mesmo.

Tradicionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, o recebimento da mercadoria, sem reserva ou protesto, exonera o transportador da responsabilidade (Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, art. 8º;¹¹ Código Comercial de 1850, art. 109;¹² Código de Processo Civil de 1939, art. 756,¹³ mantido pelo art. 1.218 do Código de Processo Civil de 1973; e Decreto nº 1.832, de 04.03.1996, art. 30).¹⁴

O mesmo acontece com o pagamento do preço do transporte feito pelo destinatário, quando o transporte é com *frete a pagar*.

Entretanto, segundo o art. 8º do Decreto nº 2.681, de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, nos casos de avaria oculta ou perda parcial, que só posteriormente possam ser verificados, poderá a reclamação contra o transportador ser feita até 30 dias depois de recebida a mercadoria, devendo, contudo, o reclamante demonstrar em Juízo que a avaria teve lugar antes da entrega da mercadoria.

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CONSIGNATÁRIO

177. Posição do consignatário no contrato de transporte de mercadorias –

Sabemos que o contrato de transporte de mercadorias é aquele em que uma pessoa pactua com uma empresa a remoção de coisa de um para outro lugar, mediante

- 10 “Art. 17. [...] § 1º A Administração Ferroviária poderá negociar com os usuários o valor da tarifa, de acordo com a natureza do transporte, respeitados os limites máximos das tarifas de referência homologadas pelo Poder Concedente. § 2º No caso do transporte de cargas de características excepcionais, tarifas e taxas especiais, poderão ser negociadas entre a Administração Ferroviária e o usuário. Art. 21. [...] § 2º Não haverá qualquer responsabilidade da Administração Ferroviária, se o expedidor deixar de cumprir as condições e os prazos que forem estabelecidos. § 3º Na ocorrência do evento previsto no parágrafo anterior, o expedidor ficará sujeito ao pagamento da tarifa vigente na data em que se iniciar o transporte, independentemente da cobrança das taxas cabíveis.”
- 11 “Art. 8º [...] o recebimento da mercadoria, sem reserva ou protesto, exonerará a estrada de ferro de qualquer responsabilidade. Nos casos de avaria oculta ou perda parcial que só mais tarde possam ser verificadas, deverá a reclamação ser feita perante a estrada de ferro no prazo de 30 dias, incumbindo ao reclamante provar em juízo que a avaria teve lugar antes da entrega.”
- 12 “Art. 109. Não terá lugar reclamação alguma por diminuição ou avaria dos gêneros transportados, depois de se ter passado recibo da sua entrega sem declaração de diminuição ou avaria.”
- 13 “Art. 756. Salvo prova em contrário, o recebimento de bagagem ou mercadorias, sem protesto do destinatário, constituirá presunção de que foram entregues em bom estado e em conformidade com o documento de transporte.”
- 14 “Art. 30. A responsabilidade da Administração Ferroviária [...] cessa com a entrega da mesma, sem ressalvas, ao destinatário.”

o pagamento de um preço. Caracteriza esse contrato entre outros o fato de nele existirem três pessoas, duas das quais os contratantes – remetente e transportador – e a terceira aquela em favor da qual o contrato é feito. Por isso é que, quando o remetente não é, ao mesmo tempo, o consignatário ou destinatário, o contrato de transporte de mercadorias é uma estipulação a favor de terceiro. A estipulação é feita pelo remetente (Código Civil, art. 436, parágrafo único), sendo o terceiro aquele a quem a mercadoria é enviada, vale dizer, o destinatário, também chamado de *consignatário*.

Assim sendo, o consignatário não é parte integrante do contrato de transporte, mas parte necessária para a sua existência. Poderá o remetente nomear-se consignatário e nesse caso será ele a pessoa hábil para receber a mercadoria do transportador, no lugar do destino. Poderá, igualmente, o consignatário ser indeterminado, como nos casos em que figura no conhecimento a cláusula *ao portador*. Em tal situação, a mercadoria será entregue àquele que se apresentar com o conhecimento, no lugar do destino.

O consignatário, como dissemos, não é parte integrante na formação do contrato, donde não ser necessário o seu consentimento para que esse seja concluído. Poderá, por essa razão, ser destituído pelo remetente. No entanto, desde que anui, fica ligado aos efeitos do contrato, inclusive respondendo pela legitimidade do conhecimento e existência da mercadoria ao transferir o conhecimento para outrem, como dizia, corretamente, o revogado Decreto nº 19.473, no art. 6º.

177-A. Direitos e obrigações do consignatário – O consignatário tem o direito de receber a mercadoria, para isso fazendo entrega ao transportador do conhecimento de carga. Se, por acaso, o conhecimento com consignação nominal for perdido ou extraviado, tem direito o consignatário a obter do emitente novo título, em seu nome, devendo a emissão do novo título constar no registro do emitente (Código Civil, art. 923, § 3º). Não havendo reclamação para retenção da mercadoria, poderá o destinatário recebê-la, mediante assinatura de termo de responsabilidade, cabendo à empresa, se julgar conveniente, exigir caução idônea. Poderá, também, o consignatário, exibindo o conhecimento, receber a mercadoria em trânsito, pagando o frete por inteiro e as despesas que ocasionar com o seu desembarque. Não retirando o consignatário a mercadoria, no lugar do destino, será essa depositada. Havendo dúvida acerca de quem seja o destinatário, o transportador deve depositar a mercadoria em juízo, se não lhe for possível obter instruções do remetente; se a demora puder ocasionar a deterioração da coisa, o transportador deverá vendê-la, depositando o saldo em juízo. Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos usos adotados em cada sistema de transporte (Código Civil, arts. 755 e 753, § 4º).

Também é direito do consignatário transferir a outrem o conhecimento por via de endosso, em branco ou em preto, sujeitando-se, porém, a responder pela legitimidade do conhecimento e pela existência da mercadoria nele mencionada.

Nos conhecimentos de frete *não à ordem*, porém, o consignatário não poderá fazer a transferência mediante endosso e sim pelos processos comuns de transferência, isto é, a venda ou cessão.

Ainda é direito do consignatário reclamar ou protestar por avaria, atraso na entrega ou perda da mercadoria. As reclamações e os protestos devem ser feitos nos prazos assinalados pela lei, sob pena de perder o destinatário ação contra o transportador (Código Civil, art. 754;¹⁵ Código de Processo Civil e Comercial de 1939, art. 756, mantido pelo art. 1.218 do Código de Processo de 1973).¹⁶

Dentre as obrigações do consignatário destaca-se a de entregar o conhecimento ao transportador, sem o que não poderá retirar a mercadoria, a não ser nos casos excepcionais de perda ou extravio do conhecimento nominal ou do conhecimento à ordem, seguindo-se sempre os procedimentos estipulados nas leis especiais.

178. Transporte cumulativo – Muitas vezes o transportador não possui meios próprios para fazer chegar a mercadoria ao ponto de destino, para isso tendo necessidade de recorrer aos serviços de outros transportadores. A essa modalidade de transporte dá-se o nome de *transporte cumulativo*.

“Art. 733. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas.

§ 1º O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso.

§ 2º Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto.

Art. 756. No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano.”

Existem várias formas de transporte cumulativo de carga: *segmentado* – quando se utilizam veículos diferentes e são contratados separadamente os vários serviços e os diferentes transportadores que têm a seu cargo a condução da mercadoria do ponto de expedição até o destino final; *sucessivo* – quando a mercadoria,

15 “Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos. Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega.”

16 **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973:** “Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: [...] XI – à vistoria de fazendas avariadas (art. 756);” **(Inciso X renumerado pela Lei nº 6.780, de 12.5.1980).** **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939:** “Art. 756. Salvo prova em contrário, o recebimento de bagagem ou mercadorias, sem protesto do destinatário, constituirá presunção de que foram entregues em bom estado e em conformidade com o documento de transporte.”

para alcançar o destino final, necessita ser transportada para prosseguimento em veículo da mesma modalidade de transporte; *intermodal* – quando a mercadoria é transportada utilizando-se duas ou mais modalidades de transporte.

Essas três modalidades de transporte cumulativo de carga já se encontravam previstas pela Lei nº 6.288, de 11.12.1975, e o seu regulamento, Decreto nº 80.145, de 17.08.1977, ambos expressamente revogados pela Lei nº 9.611, de 19.02.1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas.

O contrato de transporte cumulativo comum é autorizado pelos arts. 13, 14 e 15 do Decreto nº 2.681, de 1912,¹⁷ que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Caracteriza-se ele pela sua unidade, considerando-se, de fato, um só contrato, apesar de serem vários os transportadores. O conhecimento de frete será, assim, um só, não havendo necessidade de mencionar os diversos transportadores que sucederem o contratante primitivo.

Como já mencionado, nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas. O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso. Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto. No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano (Código Civil, arts. 733 e 756).

178-A. Transporte multimodal de cargas

Observações preliminares – O Código Civil de 2002 adotou, como denominação genérica, a expressão “transporte cumulativo”, e, nos arts. 733 e 756,

17 **Decreto nº 2.681, de 07.12.1912** “Art. 13. As estradas de ferro serão obrigadas a aceitar a expedição de mercadorias não só para suas estações como para as de quaisquer linhas a que estejam diretamente ligadas. Art. 14. Quando mais de uma estrada de ferro tiver concorrido para o transporte de uma mercadoria, a ação de indenização por perda, furto ou avaria, terá lugar contra a estrada que aceitou a expedição, ou contra a que entregou a mercadoria avariada, ou contra qualquer das estradas intermediárias em cuja linha se provar que teve lugar a perda, furto ou avaria. Art. 15. No caso do artigo anterior, o direito reversivo das estradas de ferro, umas em relação às outras, será regulado pelas seguintes disposições: § 1º Será responsável da perda, furto ou avaria da mercadoria a estrada em cuja linha se der o fato. § 2º Si, porém, provar que foi culpa de outra, esta responderá pelas suas consequências jurídicas. § 3º Si concorrer a culpa de mais de uma, a responsabilidade será dividida proporcionalmente ao grão da culpa, atentas as circunstâncias que acompanharem o fato. § 4º Si se não puder provar qual a estrada em cuja linha se deu a perda ou avaria, responderão todas, proporcionalmente ao preço do transporte que cada uma percebeu ou teria o direito de perceber, dada a execução regular do contrato. § 5º No caso de insolvibilidade de alguma das estradas, o prejuízo que desse fato possa resultar para a que pagou a indenização será repartido por todas as que tiverem cooperado no transporte, guardada a mesma proporção do parágrafo anterior.”

preocupou-se exclusivamente com o problema da responsabilidade dos transportadores sucessivos.

Como já vimos anteriormente, várias das formas de transporte cumulativo de carga já se encontravam previstas pela Lei nº 6.288, de 11.12.1975, e o seu regulamento, Decreto nº 80.145, de 17.08.1977, ambos expressamente revogados pela Lei nº 9.611, de 19.02.1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas.

Também já vimos que a modalidade de transporte cumulativo denominada *transporte intermodal* ocorre quando a mercadoria é transportada utilizando-se duas ou mais modalidades de transporte.

Essas formas de transporte cumulativo têm a ver com as modalidades de transporte utilizadas. Ao dispor sobre elas, a Lei nº 9.611, de 19.02.1998, optou por empregar a expressão “transporte multimodal de cargas”. E definiu transporte multimodal no seu art. 2º, *caput*:

“Transporte Multimodal de Cargas é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal.”

Em artigo intitulado *Intermodal Transportation*, Jean-Paul Rodrigues, Brian Slack e Claude Comtois, diferentemente, adotam como gênero a expressão “transporte intermodal” (*intermodal transportation*) e afirmam que os sistemas de transporte, tendo diversas modalidades, podem ser considerados a partir de duas perspectivas conceituais:¹⁸

“Então, os sistemas de transporte, tendo diversas modalidades, podem ser considerados a partir de duas perspectivas conceituais:

Sistema de Transporte Intermodal. Um sistema ligado logisticamente utilizando duas ou mais modalidades de transporte com um único pagamento de frete. As modalidades permanecem com características comuns de condução permitindo que mercadorias (ou pessoas) sejam transferidas entre diferentes modalidades de transporte durante a movimentação entre a origem e o destino.

Sistema de Transporte Multimodal. Um grupo de modalidades de transporte que oferece conexões entre uma variedade de origens e destinos. Embora o transporte intermodal seja possível, ele não ocorre necessariamente” (tradução livre).

18 “Thus, transportation systems having several modes can be considered from *two different conceptual perspectives*:

Intermodal Transportation Network. A logistically linked system using two or more transport modes with a single rate. Modes are having common handling characteristics, permitting freight (or people) to be transferred between modes during a movement between an origin and a destination.

Multimodal Transportation Network. A set of transport modes offering connections between a set of origins and destinations. Although intermodal transportation is possible, it does not necessarily occur.”

Rodrigues, Jean-Paul, Slack, Brian, e Comtois, Claude. *Intermodal Transportation*. In: <http://people.hofstra.edu/geotrans/eng/ch3en/conc3en/ch3c5en.html>, sítio visitado em 30/07/2009.

A Lei nº 9.611, de 19.02.1998 – A partir da década de 90, ocorrem enormes alterações na economia mundial. Surge o fenômeno da globalização, ligado a um notável desenvolvimento tecnológico. Essa nova realidade trouxe grandes desafios. Nesse contexto, o transporte assume papel de alta relevância. Para enfrentar os desafios, os empresários mais evoluídos passaram a recorrer à logística.¹⁹

O Brasil preocupa-se, então, com a adoção de uma disciplina jurídica mais moderna e adequada para a logística do transporte de cargas.

Como resultado dessa preocupação, surgiram a Lei nº 9.611, de 19.02.1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e o Decreto nº 3.411, de 12.04.2000, que a regulamenta.

O transporte multimodal de cargas é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal. Compreende, além do transporte em si, os serviços de coleta, utilização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega da carga ao destinatário, bem como a realização dos serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação documental de cargas. É nacional, quando os pontos de embarque e de destino estiverem situados no território nacional; e internacional, quando o ponto de embarque ou de destino estiver situado fora do território nacional (Lei nº 9.611, de 19.02.1998, arts. 2º e 3º).

O Operador de Transporte Multimodal é a pessoa jurídica contratada como *principal* para a realização do Transporte Multimodal de Cargas da origem até o destino, por meios próprios ou por intermédio de terceiros. Poderá ser transportador ou não transportador. E o exercício da sua atividade depende de prévia habilitação e registro junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (arts. 5º e 6º da Lei nº 9.611, de 19.02.1998 c.c. o art. 2º do Decreto nº 3.411, de 12.04.2000). O emprego da palavra “principal”, no *caput* do art. 5º da Lei nº 9.611, de 19.02.1998,²⁰ antes da vigência do Código Civil de 2002, trai a influência do Direito norte-americano no trato da matéria.

19 Os dicionaristas costumam consignar a palavra “logística”, principalmente, como termo militar (“organização teórica da disposição, do transporte e do abastecimento de tropas em operação militar”; consignam-na também, por extensão de sentido, como “administração e organização dos pormenores de qualquer operação” (*Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa* 1.0). O *Dicionário eletrônico Aurélio Século XXI* a registra como derivada do francês *logistique*, e assim esclarece o seu significado: “Parte da arte da guerra que trata do planejamento e da realização de: a) projeto e desenvolvimento, obtenção, armazenamento, transporte, distribuição, reparação, manutenção e evacuação de material (para fins operativos ou administrativos); b) recrutamento, incorporação, instrução e adestramento, designação, transporte, bem-estar, evacuação, hospitalização e desligamento de pessoal; c) aquisição ou construção, reparação, manutenção e operação de instalações e acessórios destinados a ajudar o desempenho de qualquer função militar; d) contrato ou prestação de serviços.”

20 “Art. 5º O Operador de Transporte Multimodal é a pessoa jurídica contratada como *principal* para a realização do Transporte Multimodal de Cargas da origem até o destino, por meios próprios ou por intermédio de terceiros. [...]”

Na operação de transporte multimodal de cargas, identificam-se quatro figurantes distintos: (1) o remetente da mercadoria; (2) o transportador; (3) o operador de transporte multimodal; e (4) o consignatário ou destinatário. Já vimos, anteriormente (no nº 175), que poderá o remetente nomear-se consignatário e que, quando o remetente não é, ao mesmo tempo, o consignatário ou destinatário, o contrato de transporte de mercadorias é uma estipulação em favor de terceiros, sendo o terceiro aquele a quem a mercadoria é enviada, vale dizer, o destinatário, também chamado de consignatário (Código Civil, art. 436, parágrafo único).

O contrato de transporte multimodal (Lei nº 9.611, de 19.02.1998, arts. 8º a 10) rege toda a operação de transporte desde o recebimento da carga até a sua entrega no destino. Mas somente é evidenciado e se torna eficaz quando o operador de transporte multimodal receber a carga do transportador e emitir o conhecimento de transporte multimodal de carga (Lei nº 9.611, de 19.02.1998, arts. 7º, 8º e 9º, *caput*).²¹ Trata-se de subespécie *sui generis* do contrato de transporte de mercadoria, com elementos do instituto da representação (Código Civil, arts. 115 a 120), e dos contratos de mandato (Código Civil, arts. 653 a 691), de corretagem (Código Civil, arts. 722 a 729), principalmente, do contrato de agência (Código Civil, arts. 710 a 721).

Como já mencionado, o emprego da palavra “principal”, no *caput* do art. 5º da Lei nº 9.611, de 19.02.1996,²² antes da vigência do Código Civil de 2002, denuncia a influência do Direito norte-americano no trato da matéria.

Agency é um conceito sobretudo econômico, com elementos de difícil observação. No Direito norte-americano, esse conceito reaparece com a sua forte conotação econômica, a ser analisado caso a caso, como um misto de representação e mediação (*Agent*, no Direito Comercial [norte-americano] é a pessoa autorizada a agir em nome de outra (chamada *Principal*) para criar relação jurídica com uma *Terceira Parte*. A disciplina jurídica da *Agency* lida com a relação tripartite entre: a) *Agents* e *Principals*; b) *Agents* e as *Terceiras Partes* em cujos nomes eles atuaram; c) *Principals* e as *Terceiras Partes*, quando os *Agents* agem em nome delas (*An Agent in Commercial Law is a person who is authorised to act on behalf of another (called the Principal) to create a legal relationship with a Third Party. Agency law deals with the tripartite relationship between: a) Agents and Principals; b) Agents and the Third Parties with whom they deal on their Principals' behalf; and c) Principals and the Third Parties when the Agents deal on their behalf*).²³

21 Lei nº 9.611, de 19.02.1998: “Art. 7º Cabe ao Operador de Transporte Multimodal emitir o Conhecimento de Transporte Multimodal de Carga. Art. 8º O Conhecimento de Transporte Multimodal de Cargas evidencia o **contrato de transporte multimodal** e rege toda a operação de transporte desde o recebimento da carga até a sua entrega no destino, podendo ser negociável ou não negociável, a critério do expedidor. Art. 9º A emissão do Conhecimento de Transporte Multimodal de Cargas e o recebimento da carga pelo Operador de Transporte Multimodal dão eficácia ao contrato de transporte multimodal.”

22 “Art. 5º O operador de transporte multimodal é a pessoa jurídica contratada como **principal** para a realização do Transporte Multimodal de Cargas da origem até o destino, por meios próprios ou por intermédio de terceiros. [...]”

23 *Wikipedia, the free encyclopedia that anyone can edit* (in: http://en.wikipedia.org/wiki/Agent_law (site visitado em 07.03.2007).

Imagine-se a seguinte situação fática: Xisto (*remetente*) quer enviar mercadoria para Mévio (*destinatário ou consignatário*). O destino deve ser alcançado parte por via rodoviária e parte por via marítima. Xisto (*remetente*) procura um *transportador*. O *transportador* entrega a mercadoria a um *operador de transporte multimodal*.

Vislumbram-se aí quatro relações jurídicas que ficam embutidas no contrato de transporte intermodal de carga: (1^a) a relação entre o *remetente* (Xisto) e o *transportador*; (2^a) a relação entre o *transportador* e o *operador de transporte multimodal*; (3^a) a relação entre o *operador de transporte multimodal* e o *remetente* (Xisto); (4^a) a relação entre o *operador de transporte multimodal* e o *destinatário ou consignatário*, que, como vimos, pode ser o próprio remetente (Mévio ou Xisto).

O contrato de transporte multimodal é executado sob a responsabilidade única do operador de transporte multimodal (Lei nº 9.611, de 19.02.1998, art. 2º). São obrigações do operador de transporte multimodal, segundo a Lei nº 9.611, de 19.02.1988:

1. só atuar quando devidamente habilitado e registrado junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (art. 6º c.c. o art. 2º do Decreto nº 3.411, de 12.04.2000);
2. prestar, por si ou por intermédio de terceiros, além dos serviços de transporte em si, os de coleta, unitização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário e, se necessário, contratar com terceiros serviços correlatos imprescindíveis entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação e desconsolidação documental de cargas (arts. 3º e 5º);
3. emitir o Conhecimento de Transporte Multimodal de Carga (art. 7º);
4. lançar ressalvas no Conhecimento se: I – julgar inexata a descrição da carga feita pelo expedidor; II – a carga ou sua embalagem não estiverem em perfeitas condições físicas, de acordo com as necessidades peculiares ao transporte a ser realizado (art. 9º, § 1º);
5. informar ao expedidor, quando solicitado, o prazo previsto para a entrega da mercadoria ao destinatário (art. 15);
6. conferir a descarga da mercadoria imediatamente após a sua chegada (art. 15);
7. comunicar, em tempo hábil, a chegada da mercadoria não perecível e não perigosa ao destino (essa mercadoria ficará à disposição do interessado pelo prazo de noventa dias, se outra condição não for pactuada; findo esse prazo, poderá ser considerada abandonada) (art. 15);
8. comunicar, ao expedidor e ao destinatário, a chegada da mercadoria perecível e perigosa ao destino, no menor tempo possível, informando-lhes o prazo tolerável em que ela permanecerá à disposição do interessado (findo esse prazo, a mercadoria poderá ser considerada abandonada) (art. 15);
9. entregar a mercadoria dentro do prazo expressamente acordado entre as partes ou, na ausência de tal acordo, dentro de um prazo que possa, razoa-

velmente, ser exigido do operador de transporte multimodal, tomando em consideração as circunstâncias do caso (art. 14).

10. responder pelos prejuízos resultantes de perda, danos ou avaria às cargas sob sua custódia, assim como pelos decorrentes de atraso em sua entrega, quando houver prazo acordado (art. 11, II);
11. responder pela perda, dano ou atraso na entrega da mercadoria, decorrentes de sua ação ou omissão dolosa ou culposa, sem poder valer-se de qualquer limitação de responsabilidade (art. 20);
12. responder pelas ações ou omissões de seus empregados, agentes, prepostos ou terceiros contratados ou subcontratados para a execução dos serviços de transporte multimodal, como se essas ações ou omissões fossem próprias (art. 12);
13. responder solidariamente com o operador de qualquer segmento de transporte claramente identificado, pela perda, dano ou atraso na entrega da mercadoria ocorridos naquele segmento (nesta hipótese o operador de transporte multimodal, após indenizar o prejudicado, terá direito de regresso contra o operador do segmento identificado) (art. 17, § 5º);
14. responder, ainda que caracterizada a exclusão de sua responsabilidade, pela agravação das perdas e danos a que der causa (art. 16, parágrafo único);²⁴
15. responder perante o erário, solidária e preferencialmente com qualquer subcontratado para a realização do transporte multimodal, pelo crédito tributário exigível (nesta hipótese, o operador de transporte multimodal, após efetuar o pagamento ao fisco, terá direito de regresso contra o subcontratado (art. 28);
16. responder perante o erário, pelas multas em que, eventualmente, se converterem as penas de perdimento previstas no Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, se ficar provada a sua responsabilidade (art. 29).²⁵

24 “Art. 16. O Operador de Transporte Multimodal e seus subcontratados somente serão liberados de sua responsabilidade em razão de: I – ato ou fato imputável ao expedidor ou ao destinatário da carga; II – inadequação da embalagem, quando imputável ao expedidor da carga; III – vício próprio ou oculto da carga; IV – manuseio, embarque, estiva ou descarga executados diretamente pelo expedidor, destinatário ou consignatário da carga, ou, ainda, pelos seus agentes ou propositos; Parágrafo único. Inobstante as excludentes de responsabilidade previstas neste artigo, o Operador de Transporte Multimodal e seus subcontratados serão responsáveis pela agravação das perdas ou danos a que derem causa.”

25 O Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. O Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências. Ambos sofreram várias modificações no decorrer do tempo.

XVIII

TRANSPORTE DE PESSOAS

179. Noção – O contrato de transporte de pessoas é aquele em que uma empresa de transportes se obriga a remover uma pessoa, e sua bagagem, de um lugar para outro, mediante o pagamento de um preço. A pessoa a ser transportada tem o nome de passageiro; o preço costuma ser denominado de *passagem*. O Código Civil esclarece que não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia, acrescentando que não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas (art. 736).

Esse é um dos contratos mais comuns na vida moderna, variando de denominação, de acordo com o meio em que o transporte é feito. Se em terra ou em pequeno percurso de água, o contrato chama-se *terrestre*; se o meio é o alto-mar ou rios e lagos navegáveis em longos percursos, chama-se contrato de *transporte marítimo*; se, finalmente, o transporte se faz utilizando como meio o espaço aéreo, temos o *transporte aeronáutico*. Se bem que, no fundo, haja regras comuns a esses três tipos de transportes, notam-se peculiaridades para cada um, identificando-os. Aqui estudaremos apenas o contrato de *transporte terrestre relativo às pessoas*.

180. O transporte de pessoas na legislação anterior ao Código Civil de 2002 – O Código Comercial refere-se ao *transporte marítimo* das pessoas (arts. 629 a 632), mas nada disse a respeito do transporte de pessoas por via terrestre. O Decreto nº 2.681, de 1912, refere-se à responsabilidade das estradas de ferro nos casos de desastres de que resultem mortes, ferimentos ou lesões corporais dos passageiros, bem como a outros danos por estes sofridos (arts. 17 e segs.). O Decreto nº 15.673, de 1922, trouxera, também, alguns dispositivos relativos ao transporte de passageiros (arts. 104, 109, 137 e 138). O Regulamento Geral dos Transportes Ferroviários aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, refere-se ao transporte de passageiros nos arts. 34 a 49 e ao transporte de bagagens nos arts. 50 a 53.

181. Elementos do contrato de transporte de pessoas – Contrariamente ao que acontece com o contrato de transporte de mercadorias, no de pessoas existem apenas dois elementos: a pessoa ou empresa que assume a obrigação de fazer o

transporte, chamada *transportador*, e a que se propõe a ser transportada, que tem o nome especial de *passageiro*. Sendo o contrato consensual, firma-se mediante o simples acordo de vontade das partes. Uma vez firmado, o passageiro assume a obrigação de pagar o preço estipulado para o transporte e o transportador a de efetuar-lo, mediante as condições previamente estipuladas.

Na prática, simplifica-se a formulação do acordo de vontades mediante a aquisição, por parte do passageiro, do *bilhete de passagem*. Esse *bilhete de passagem* é um título de legitimação que atesta a vontade, manifestada no ato de aquisição, de ser o adquirente transportado de um para outro lugar, e a do transportador de realizar o transporte. O preço do *bilhete* corresponde ao preço do transporte. O contrato, nesse caso, toma o aspecto de contrato de adesão, uma vez que comumente o preço da passagem, ou seja, do transporte, é predeterminado. Em certos centros mais populosos dispensa-se, mesmo, um representante do transportador para vender o bilhete; por meios mecânicos, com o simples depósito do valor, em moedas, correspondente ao bilhete, esse chega às mãos dos passageiros, firmando-se, assim, o contrato.

O *bilhete de passagem* não é indispensável para a realização do contrato de transporte de pessoas; se, em determinadas espécies de transportes (estradas de ferro, auto-ônibus para viagens de longo percurso etc.), ele é usual, em outras é substituído pelo depósito das importâncias correspondentes em lugares indicados (caixinhas metálicas nos transportes de auto-ônibus, *borboletas* em transportes por barcas ou por trens subterrâneos). Existem, mesmo, transportes em que o pagamento é feito diretamente ao representante do transportador (transportes por *tramsways* ou bondes, auto-ônibus etc.), muitas vezes só sendo exigido o pagamento depois de realizado o transporte (auto-ônibus ou bondes com o pagamento na saída do passageiro).¹

O contrato de transporte deverá estipular os direitos, deveres e obrigações das partes e as sanções aplicáveis pelo seu descumprimento, atendida a legislação em vigor.

182. Capacidade das partes contratantes – Sabe-se que, em princípio, para que um contrato seja considerado válido, necessário é que as partes contratantes possuam capacidade jurídica (Código Civil, arts. 3º, 4º, e 104). Sendo o transporte um contrato, indispensável seria que as partes contratantes fossem capazes.

Entretanto, em alguns casos, como nos transportes urbanos, qualquer menor, mesmo absolutamente incapaz, poderá utilizar-se dos veículos, pagando o preço da passagem. Qual a explicação jurídica desse fato? Dizer que o menor estava autorizado pelos seus pais não soluciona o caso, pois os menores absolutamente incapazes não podem ter autorização para contratar. O mesmo também se pode

1 A Lei nº 7.418, de 17.12.85, regulamentada pelo Decreto nº 92.180, de 19 do mesmo mês e ano, instituiu o "vale-transporte" que o empregador, pessoa física ou jurídica, poderá antecipar ao trabalhador para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa.

dizer dos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e dos que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Com a transformação dos transportes em um verdadeiro serviço de utilidade – principalmente os transportes urbanos –, o contrato está, aos poucos, perdendo o seu rigorismo para se tornar mais uma questão de interesse coletivo do que um negócio jurídico privado, preso a regras severas. O fato, aliás, não se dá apenas com os transportes – dá-se também na compra e venda, em que qualquer pessoa pode adquirir validamente, graças aos aparelhos mecânicos que fazem a entrega do objeto mediante o simples depósito de uma moeda no lugar apropriado; os espetáculos públicos, em que menores ou incapazes podem adquirir ingressos também por meios mecânicos; no depósito de coisas, como nos cofres localizados em grandes estações e hotéis, em que com o simples depósito de uma moeda a porta se abre, podendo o depositante guardar os objetos que quiser, levando consigo a chave do cofre; na locação de imóveis – muito comum nos Estados Unidos, nos *motéis* e nas *cabins* existentes à margem das estradas, que podem ser ocupados por quaisquer pessoas, desde que depositem determinadas moedas nas fechaduras, com o que as portas se abrem; nos telegramas pelo telefone, com o preço a pagar posteriormente ou com o preço pago na ocasião, mediante o depósito, no próprio aparelho, da importância em moedas metálicas, atinente aos mesmos. Em todos os casos – e muitos outros poderiam ser enumerados –, em princípio há contratos, mas os seus agentes podem deixar de ser pessoas capazes. Isso porque o interesse público se sobrepõe ao particular, transformando atos que deveriam ser regidos por normas precisas em serviços de interesse coletivo que cada um pode usufruir. Indiscutivelmente a figura rígida do contrato aos poucos se torna maleável, graças, sobretudo, ao progresso do mundo moderno, que desse modo passa a intervir sensivelmente na ordem jurídica, abalando-lhe as bases.

183. A bagagem do passageiro – O contrato de transporte de pessoas compreende, também, para o transportador, a obrigação de transportar a bagagem do passageiro. O transportador responde pelos danos causados à bagagem, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Por isso, é que pode exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização (Código Civil, art. 734).

Por *bagagem* compreendem-se objetos pessoais de uso ou propriedade do passageiro, em volumes que, comumente, têm peso e, às vezes, tamanho limitados. Nos transportes por estrada de ferro e rodoviários são admitidas pequenas malas, conduzindo roupas e pertences dos passageiros. Essas malas poderão ser conduzidas no próprio compartimento em que os passageiros viajam ou em carros ou depósitos apropriados dos veículos, mediante despacho. Neste último caso, a empresa transportadora fornece uma senha ou uma *nota de bagagem*, que serve de documento para a sua retirada no lugar de destino.

O transporte de bagagem não forma contrato à parte do transporte de pessoas – na realidade, é um acessório deste, nele se integrando. Ao contratar o trans-

porte, pagando o bilhete de passagem, o passageiro adquire o direito de fazer transportar, consigo, a sua bagagem, e o condutor assume a obrigação de fazer esse transporte. Não haverá outro preço para a bagagem, a não ser que, de acordo com o previamente fixado no regulamento da empresa transportadora, essa seja excessiva: excesso de peso, de tamanho, de volume etc. Nestas condições está o passageiro sujeito a pagar o transporte do excesso. O excesso, em tal caso, rege-se pelas normas do transporte de coisas.

184. Prova do contrato de transporte de pessoas – O contrato de transporte de pessoas prova-se, em geral, pelo *bilhete de passagem*, visto ser esse bilhete, como foi explicado, um título de legitimação, atestando haver o passageiro pago o preço e o transportador se obrigado a fazer o transporte. Paga-se o bilhete de passagem, em geral, nas próprias estações de embarque das empresas transportadoras, sejam estradas de ferro, sejam estações de transportes rodoviários. Podem, contudo, os bilhetes ser adquiridos em estabelecimentos especializados para as vendas de passagens, como as agências de turismo, ou mesmo hotéis que possuam serviços para tais vendas. De qualquer modo, onde quer que o bilhete seja adquirido, o passageiro está contratando com o transportador; as agências são apenas intermediárias, agindo por conta dos transportadores que, em última análise, são os que respondem pelo não cumprimento do contrato.

Poderão os bilhetes ser *ao portador* ou também *nominativos*. Mais comuns são os bilhetes *ao portador*, sem designação do nome do passageiro, dando, assim, direito a quem quer que com eles se apresente a ser transportado. Quando nominativos, somente as pessoas nos bilhetes nomeadas terão direito ao transporte. Poderão, igualmente, os bilhetes referir-se a várias *classes*, considerando-se *classe* um tipo especial de acomodação para o passageiro ou mesmo o direito de utilização do transporte em um tipo especial de veículo. Para cada classe há tarifas ou preços diferentes: essa diferença de preços em geral não se refere ao transporte, que é o mesmo, mas ao conforto dos passageiros nos veículos. Também poderão nos bilhetes ser designados lugares para os passageiros e, assim sendo, só poderá o passageiro usar o lugar determinado.

O bilhete de passagem não é uma prova obrigatória no contrato de transporte terrestre: em geral, muitas vezes o bilhete mesmo não existe, como acontece em alguns transportes urbanos em que o passageiro contrata apenas com a sua entrada no veículo e o depósito da importância no lugar apropriado. Nesses casos, torna-se mais difícil e mais ampla a prova do contrato. Havendo, por exemplo, um desastre por culpa do transportador, consideram-se passageiros todos aqueles que se encontravam no veículo, ainda mesmo que não houvessem pago a importância relativa à passagem. Admitem-se, nesse caso, as provas comuns de direito, inclusive a testemunhal.

Dissemos que o bilhete de passagem como prova do contrato de transporte de pessoas não é obrigatório, e acima expusemos por quê; não é, também, uma prova muito eficiente, especialmente quando os bilhetes são *ao portador*. De fato, o bilhete atesta a obrigação do condutor de realizar o transporte e assim sendo

esse pode ser exigido por quem se apresentar com ele. Acontece, entretanto, que o contrato de transporte obriga o transportador a levar o passageiro ao lugar do destino. Até o momento em que chegue a esse lugar, e o passageiro desembarque, o transportador responde pelos danos pessoais que este sofrer em virtude de desastre. Ora, muitas vezes os bilhetes de passagem são recolhidos logo no início da viagem, não ficando o passageiro com qualquer documento comprobatório do contrato nem também o transportador podendo identificar os passageiros pelos bilhetes recolhidos. Havendo dano pessoal em alguém que se encontre no veículo, não sendo a vítima empregada da empresa, deve ser considerada passageiro. Em tal caso, o bilhete de passagem é de nula eficiência para prova se realmente a pessoa que sofreu o dano contratou ou não com a empresa o transporte que estava sendo realizado.

185. Nota de bagagem – Tem o passageiro o direito de conduzir consigo, como já foi dito acima, objetos de uso pessoal, de peso, tamanho e quantidade em geral determinados pela empresa transportadora. Esses objetos constituem a *bagagem* do passageiro, podendo ser conduzidos por ele próprio, no compartimento em que viaja, ou transportados em um compartimento especial do veículo, destinado a esse fim.

Quando conduzida a bagagem nesse compartimento, em geral o transportador entrega um documento ao passageiro para que ele possa retirá-la no lugar do destino. Esse documento pode ser uma senha, uma ficha, um talão ou um escrito, com as especificações da bagagem. A esse escrito, dá-se o nome de *nota de bagagem*, mas os outros documentos que a substituem têm o mesmo valor que a *nota*. Serve essa apenas de comprovante do recebimento, por parte do transportador, da bagagem nela especificada, com a obrigação de esta ser entregue ao passageiro no fim da viagem. O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso (Código Civil, art. 742).

Enquanto se encontra em poder do transportador, este responde pelos danos – perda, furto ou avaria – que a bagagem sofrer na viagem (Código Civil, art. 734). Essa responsabilidade faz parte do próprio contrato de transporte, não resultando, assim, de um contrato isolado. É um acessório do contrato principal que, em essência, deveria referir-se apenas ao transporte da *pessoa* do passageiro.

Por tais razões, havendo perda, furto ou avaria na bagagem, o transportador responderá em virtude da obrigação assumida de transportar o passageiro e *sua bagagem* com segurança e cuidado de um lugar para outro. Altera-se, como se vê, de certo modo, o conceito do transporte de pessoas, que deveria, em princípio, restringir-se apenas ao transporte do passageiro.

186. Obrigações e responsabilidades do transportador – O transportador é obrigado a transportar o passageiro de um lugar para outro, no tempo e no modo convencionados. Está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior (Código Civil, art. 737).

O transporte deve ser feito com “cuidado, exatidão e presteza” e compreenderá não apenas o viajante, mas, igualmente, sua bagagem.

Assim sendo, qualquer pessoa que se apresentar com o bilhete de passagem tem o direito de exigir o transporte. O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem (Código Civil, art. 739). O já revogado Decreto nº 51.813, de 8 de março de 1963, dispunha, nos arts. 286 e segs., que pessoas afetadas de moléstias contagiosas, ou em estado de enfermidade tal que possam incomodar os demais viajantes, só poderiam viajar, nas estradas de ferro, em carros ou compartimentos separados; mas os regulamentos posteriores não reproduziram esses dispositivos.

Inicia-se o transporte na estação de embarque e termina no lugar do destino. No que se refere aos transportes urbanos, o início da viagem será considerado o lugar em que o passageiro toma o veículo e o ponto de destino aquele em que desembarca.

Interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria, ou, com a anuência do passageiro, por modalidade diferente, à sua custa, correndo também por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário, durante a espera de novo transporte (Código Civil, art. 741).

Durante a viagem, o transportador responde pelos danos causados ao passageiro provenientes de desastre que não sejam provocados por caso fortuito ou força maior, ou por culpa do viajante, não concorrendo culpa do transportador, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva (Código Civil, arts. 734 e 735)

Afora esses casos, reconhece a lei, nos desastres em estradas de ferro, *culpa presumida da estrada*, sendo, assim, aceita essa culpa ainda que não comprovada (Dec. nº 2.681, art. 17).

Os danos pessoais que os desastres poderão causar ao passageiro variam, desde a morte até as lesões corporais. Respondendo pela segurança dos passageiros, a estrada, em caso de sinistro, será obrigada a uma indenização variável de acordo com a natureza e extensão do dano.

Se, por acaso, o dano consistir em ferimentos, é obrigada a estrada a indenizar o passageiro dos prejuízos que por acaso ele venha a ter em decorrência desses ferimentos. Assim, além de pagar o tratamento, também será indenizado o passageiro pelos lucros cessantes durante o período do tratamento (Dec. nº 2.681, de 1912, art. 20).

Se o dano consistir em lesão corpórea ou deformidade, inclusive invalidez para o trabalho ou para o exercício da profissão, além das despesas com o tratamento e o pagamento dos lucros cessantes, o transportador está sujeito ainda a pagar uma indenização conveniente arbitrada pelo juiz. Em caso de morte, está

o transportador obrigado a realizar todas as despesas, inclusive de sepultamento das vítimas, além de uma indenização àquelas a que a morte do passageiro privou de alimentos, auxílio ou educação, indenização essa que deve ser arbitrada judicialmente (Dec. nº 2.681, de 1912, arts. 21 e 22). Também constará da indenização, em todos os casos, a perda ou avaria das bagagens dos passageiros, ainda mesmo que não despachadas (Dec. nº 2.681, de 1912, art. 23).

Respondem, igualmente, os transportadores pelos prejuízos que o passageiro tiver em virtude de atraso dos transportes, na saída ou na chegada, se tais atrasos não forem motivados por força maior. A reclamação para essa indenização deverá ser feita dentro de um ano (Dec. nº 2.681, de 1912, art. 24).

Por último, quando o transportador, sem motivo de força maior, suspende ou interrompe o tráfego, ou quando não oferece ao passageiro lugar no veículo, para nele ser transportado, causando esses fatos prejuízos ao viajante, a empresa o indenizará (Dec. nº 2.681, art. 25), desde que o bilhete tenha sido adquirido para o transporte ser feito em hora determinada.

Todos esses casos são enumerados na lei em relação aos transportes por estradas de ferro. Na falta de legislação específica, podem ser, contudo, aplicados às demais modalidades de transportes, adaptando-se, naturalmente, à natureza de cada espécie.

No tópico 190-A, *infra*, são apresentados excertos do atual Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, contendo dispositivos sobre obrigações e responsabilidade do transportador.

187. Obrigações e direitos do passageiro – Para fazer jus ao transporte, o passageiro tem a obrigação de pagar a importância determinada relativa ao percurso da viagem. Esse pagamento poderá ser feito adiantadamente, como é mais comum, pela aquisição do bilhete de passagem, ou depois de executado o transporte, como acontece em certos transportes urbanos.

Deve o passageiro, sendo a viagem com horário certo, apresentar-se ao lugar de embarque antes da hora prefixada para a partida. Se o bilhete contiver nota esclarecendo o horário da viagem, caso o passageiro não o utilize nessa viagem, perderá direito ao preço pago. As vezes, as empresas, em lugar de estabelecer a perda total, dispõem que o passageiro poderá ser reembolsado em uma parte do preço.

O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada. Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar. Não terá direito ao reembolso do valor da passagem o usuário que deixar de embarcar, salvo se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado. Em todas essas hipóteses, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória (Código Civil, art. 740).

Tem o passageiro o direito de ocupar o lugar mencionado no seu bilhete ou, se o bilhete não mencionar lugar certo, ocupar um qualquer no veículo, já que não pode o transportador vender bilhetes em número superior ao dos lugares existentes. Em certos tipos de transportes coletivos, para facilitar o tráfego de pessoas, é permitido ao transportador conduzir um número de pessoas superior ao dos assentos existentes. Essa permissão, que de início constituía apenas uma medida de emergência, atualmente tomou caráter normal, sendo fixado, pelo órgão estatal que autoriza o funcionamento dos veículos de transportes coletivos, o número de passageiros que podem exceder os assentos existentes nos veículos.

Por último, o passageiro tem direito a ser transportado, com cuidado, presteza e exatidão, do lugar do início de sua viagem ao lugar da chegada. Extingue-se o contrato de transporte quando o passageiro desembarca no lugar do destino, aí cessando as responsabilidades e obrigações assumidas pelo transportador.

No tópico 189, *infra*, são apresentados excertos do atual Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, contendo dispositivos sobre obrigações dos passageiros.

188. Proibições aos passageiros – A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano (Código Civil, art. 738).

O atual Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996 enuncia expressamente algumas normas para o comportamento dos passageiros: nenhum passageiro poderá viajar nos trens fora dos locais especificamente destinados a tal finalidade (art. 47); a Administração Ferroviária, quando houver indícios que justifiquem verificação nos volumes a transportar, poderá solicitar a abertura das bagagens pelos passageiros, e, caso o passageiro não atenda à solicitação a que se refere este artigo, a Administração Ferroviária fica autorizada a não embarcá-lo ou, se já estiver embarcado no decorrer do percurso, desembarcá-lo na próxima estação (art. 53).

O antigo Regulamento Geral dos Transportes para as estradas de ferro brasileiras, aprovado pelo Decreto nº 51.813, de 08.09.1963 e já revogado, era mais detalhado. Segundo ele, era proibido aos passageiros apresentar-se para o transporte inconvenientemente trajados, conforme a categoria do carro; permanecer na plataforma do carro, estando o trem em movimento; debruçar-se fora das janelas, estando o carro em movimento; passar de um carro para outro durante a marcha do trem salvo sendo os carros providos de dispositivos especiais que garantam a segurança da passagem; tomar o trem ou dele sair, estando este em movimento; cuspir nos carros; penetrar ou sair destes, a não ser pelos vãos a isso destinados; usar de linguagem inconveniente ou proceder de modo a causar perturbação ou

incômodo aos outros passageiros; dar sinal de alarma, a não ser em casos extraordinários, que justifiquem tal ato; transportar consigo animal ou objeto que possa causar perigo ou incômodo aos outros passageiros. E mais, o passageiro não podia conduzir arma de fogo nem viajar embriagado.

Na iminência de qualquer dessas infrações, o passageiro deveria ser advertido; praticando, contudo, a infração, poderia ser obrigado a retirar-se do trem, sendo-lhe restituída a importância da passagem, se a viagem ainda não tivesse iniciado. Tendo ela já iniciado, ficava o passageiro sujeito à multa, podendo, inclusive, ser obrigado a desembarcar, dada a gravidade da falta.

189 – Excertos das normas do atual Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996 – Do atual Regulamento, apresenta-se alguns excertos de normas sobre obrigações e responsabilidades do transportador e sobre obrigações e direitos do passageiro; vale lembrar que, a cada obrigação do transportador corresponde um direito do passageiro, e vice-versa (*jus et obligatio correlata sunt*).

1. O contrato de transporte estipulará os direitos, deveres e obrigações das partes e as sanções aplicáveis pelo seu descumprimento, atendida a legislação em vigor.
2. As Administrações Ferroviárias deverão manter o Regulamento dos Transportes Ferroviários à disposição dos usuários nas estações e agências.
3. É vedado o transporte gratuito, salvo expressa disposição legal em contrário.
4. A Administração Ferroviária deverá organizar e manter serviços para atender as reclamações dos passageiros, e é obrigada a receber e protocolar reclamações referentes aos serviços prestados e a pronunciar-se a respeito no prazo de trinta dias a contar da data do recebimento da reclamação. O transporte de produtos perigosos deverá observar, além do Regulamento, o disposto na regulamentação específica.
5. As estações, seus acessos, plataformas e os trens serão providos de espaço e instalações compatíveis com a demanda que receberem, de forma a atender aos padrões de conforto, higiene e segurança dos usuários, observadas as normas vigentes.
6. Os trens e as estações terão obrigatoriamente letreiros, placas ou quadro de avisos contendo indicações de informações sobre os serviços, para esclarecimento dos passageiros.
7. A Administração Ferroviária deverá transmitir aos usuários as informações a respeito da chegada e partida dos trens e demais orientações.
8. As estações dos serviços de transporte urbano ou metropolitano serão providas de comunicação sonora para transmissão de avisos aos usuários.
9. Durante o percurso, os passageiros serão sempre avisados das baldeações, das paradas e do período destas, bem como de eventuais alterações dos serviços.

10. A Administração Ferroviária é obrigada a manter serviço de lanches ou refeições destinados aos usuários, nos trens de passageiros em percurso acima de quatro horas de duração e em horários que exijam tais serviços.
11. É vedada a negociação ou comercialização de produtos e serviços no interior dos trens, nas estações e instalações, exceto aqueles devidamente autorizados pela Administração Ferroviária é proibida também a prática de jogos de azar ou de atividades que venham a perturbar os usuários.
12. A Administração Ferroviária poderá impedir a entrada ou permanência, em suas dependências, de pessoas que se apresentem ou se comportem de forma inconveniente.
13. Os menores de até cinco anos de idade viajarão gratuitamente, desde que não ocupem assento.
14. Ninguém poderá viajar sem estar de posse do bilhete ou de documento hábil emitido pela Administração Ferroviária, salvo nos casos de bilheta-gem automática.
15. No caso de interrupção de viagem, por motivo não atribuído ao passagei-ro, a Administração Ferroviária fica obrigada a transportar o passageiro ao destino, por sua conta, em condições compatíveis com a viagem original, fornecendo-lhe, se necessário, hospedagem, traslados e alimentação.
16. Ao usuário do trem de longo percurso que desistir da viagem será restituída a importância paga, se a Administração Ferroviária for comunicada com antecedência mínima de seis horas da partida do trem.
17. As composições de passageiros não poderão circular com suas portas abertas.
18. Nenhum passageiro poderá viajar nos trens fora dos locais especificamen-te destinados a tal finalidade.
19. A Administração Ferroviária é isenta de qualquer responsabilidade por acidentes com passageiros, que decorram do uso inadequado de suas com-posições e instalações.
20. O preço da passagem no trem de longo percurso inclui, a título de franquia mínima, o transporte obrigatório e gratuito de 35 kg de bagagem. Excedida a franquia, o passageiro pagará até meio por cento do preço da passagem de serviço convencional pelo transporte de cada quilo de excesso. A бага-gem que exceder à franquia deverá ser submetida a despacho simplificado por ocasião do embarque.
21. A Administração Ferroviária não será responsável por perda ou avaria de bagagem não despachada e conduzida pelo próprio usuário, exceto se ocorrer dolo ou culpa do servidor da Administração Ferroviária.
22. Em trem de longo percurso, urbano ou metropolitano, o passageiro pode-rá portar gratuitamente, sob sua exclusiva responsabilidade, volumes que, por sua natureza ou dimensão, não prejudiquem o conforto, a segurança dos demais passageiros e a operação ferroviária, vedado o transporte de produtos perigosos.

23. A Administração Ferroviária, quando houver indícios que justifiquem verificação nos volumes a transportar, poderá solicitar a abertura das bagagens pelos passageiros. Caso o passageiro não atenda à solicitação a que se refere este artigo, a Administração Ferroviária fica autorizada a não embarcá-lo ou, se já estiver embarcado e no decorrer do percurso, desembarcá-lo na próxima estação.
24. A Administração Ferroviária adotará as medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativa destinadas a garantir a regularidade e normalidade do tráfego; garantir a integridade dos passageiros e dos bens que lhe forem confiados; prevenir acidentes; garantir a manutenção da ordem em suas dependências; e garantir o cumprimento dos direitos e deveres do usuário.
25. Compete à Administração Ferroviária exercer a vigilância em suas dependências e, em ação harmônica, quando necessário, com a das autoridades policiais competentes.
26. Em caso de conflito ou acidente, havendo vítima, o responsável pela segurança é obrigado a, de imediato, providenciar o socorro às vítimas e dar conhecimento do fato à autoridade policial competente, na forma da lei.
27. Aquele que praticar ato definido como crime ou contravenção será encaminhado, pela segurança da ferrovia, à autoridade policial competente.

Capítulo Quinto
MANDATO, REPRESENTAÇÃO, GESTÃO
DE NEGÓCIOS E COMISSÃO



XIX

MANDATO

190. Conceito – Entende-se por *mandato* o contrato segundo o qual uma pessoa se obriga a praticar atos ou administrar interesses em nome e por conta de outrem. Quem confere os poderes para a prática dos atos tem o nome de *mandante*, aquele a quem os poderes são conferidos chama-se *mandatário*. O instrumento por via do qual, em geral, os poderes são conferidos é a *procuração*. Por tal razão, o *mandatário* é também denominado de *procurador*, e o mandante, que outorga os poderes por meio da procuração, nesta comumente figura com a simples denominação de *outorgante*.

191. Sistema legal anterior ao Código civil de 2002 – A legislação anterior ao Código Comercial de 1850 não tratava do mandato como contrato. Apenas existiam nas Ordenações, Livro 1º, Título 48, § 15, e Livro 3º, Título 29, *princ.*, dispositivos a respeito da procuração *judicial*. Mais tarde, a Ordem nº 82, de 30.03.1849, referiu-se ao mandato para o recebimento de dívidas da Fazenda Nacional nas repartições fiscais.¹

Antes do Código Civil de 2002, existia duplicidade de tratamento do contrato de mandato: o Código Comercial de 1850 tratava do mandato mercantil; o Código Civil de 1916, do mandato civil.

O Código Comercial de 1850, incluindo o mandato entre os contratos mercantis (arts. 140 a 164), dispôs várias normas de caráter meramente civil. Conceituou, o Código Comercial de 1850, o mandato mercantil no art. 140, estipulando que:

“Dá-se o *mandato mercantil* quando um *comerciante* confia a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis, obrando o mandatário e obrigando-se em nome do comitente.”

Acrescentando, no art. 141, que:

“Completa-se o mandato pela aceitação do mandatário.”

Os demais artigos do Código Comercial de 1850 que se referiam ao mandato mercantil constituíam dispositivos aplicáveis, em geral, ao mandato civil. Apenas

1 Cf. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1865, nota 2 ao art. 456.

o art. 154 caracterizava o mandato mercantil como um contrato sempre oneroso, ao estabelecer que:

“O comitente é obrigado a pagar ao mandatário todas as despesas e desembolsos que este fizer na execução do mandato, e os salários ou comissões que forem devidos por ajuste expresso ou por uso e prática mercantil do lugar onde se cumprir o mandato na falta de ajuste.”

Seria, assim, o mandato comercial sempre *oneroso*, dentro, aliás, da orientação do Direito Comercial, que não admite atos ou contratos de natureza gratuita. Já o mandato civil se distinguia por poder ser, no Direito brasileiro, oneroso ou gratuito (Código Civil de 1916, art. 1.290, parágrafo único). No Direito Romano a gratuidade era a característica essencial do mandato, donde dizer Paulo que *mandatum, nisi gratuitum nullum est*. Quando, por acaso, um mandato era remunerado, os romanos o classificavam como locação de serviços. Essa orientação, de que difere o Direito brasileiro, foi a seguida pelo Código Civil alemão, razão pela qual Endemann preceitua: “Segundo o art. 662 (do Código Civil alemão), a característica de maior importância para o conceito do mandato é a gratuidade.”²

Ao ser elaborado o Código Civil de 1916, tratou ele do mandato nos arts. 1.288 a 1.330, regulando nos arts. 1.331 a 1.345 a *gestão de negócios*, a que se referia o art. 163 do Código Comercial de 1850. Os artigos do Código Civil de 1916, relativos ao mandato, eram aplicáveis ao mandato mercantil, salvo quando no Código Comercial houvesse regras restritivas do direito comum. Em tais casos, deviam vigorar as regras do Código Comercial de 1850, de acordo com o disposto no art. 121, que estatuiu que só seriam aplicadas, nos contratos e nas obrigações comerciais, as regras do Direito Civil quando não houvesse, no Código Comercial, modificações ou restrições a essas normas.

Essa duplicidade de tratamento do contrato de mandato gerou muitas controvérsias doutrinárias, que ficaram superadas com o advento do Código Civil de 2002.

192. O mandato no Código Civil de 2002 – O Código Civil de 2002 trata do contrato de mandato nos arts. 653 a 692, em quatro seções, a saber:

Seção I: Disposições Gerais; Seção II: Das Obrigações do Mandatário; Seção III: Das Obrigações do Mandante; Seção IV: Da Extinção do Mandato; e Seção V: Do Mandato Judicial.

O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas no Código Civil de 2002.

193. Caracterização do mandato – O que caracteriza em regra o mandato é a *representação*.³ Consiste esta no fato de poder agir uma pessoa em nome de ou-

2 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 5º, anot. ao art. 1.288.

3 Pode, contudo, existir mandato sem representação, conforme se vê no art. 1.705 do Código Civil italiano de 1942. V., sobre o assunto, Orlando Gomes, ob. cit., pp. 374 e segs.

tra, representando-a, praticando todos os atos como se esses fossem praticados pelo mandante. Na realidade, é o mandante quem se obriga, por intermédio do mandatário, respondendo por todos os atos deste, desde que praticados dentro dos limites dos poderes outorgados. O mandatário, segundo os casos, não necessita de aprovação prévia do mandante para poder praticar os atos. Agirá ele de modo próprio, como se fosse o próprio mandante, não podendo, contudo, exceder os poderes que lhe foram conferidos, sob pena de responder, perante o outorgante, pelos excessos praticados.

194. Mandato e comissão – O Código Comercial de 1850, apesar de tratar da comissão mercantil e do mandato em títulos diversos, fazia ligeiras confusões entre ambos os contratos. O Código Civil de 2002 corrigiu esse defeito.

195. O mandato conferido a empresário, regra geral, é oneroso – O Código Civil de 2002 aplica-se a todos os contratos de mandato; sobre o mandato em geral, define-o dizendo apenas que:

“Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato” (art. 653).

O lucro é elemento essencial da atividade empresarial. Assim, a nosso entender, o mandato outorgado a empresário individual ou à sociedade empresária, regra geral, é oneroso; deve ser remunerado.

Nas Disposições Gerais sobre o mandato, o Código Civil afirma que ele se presume gratuito. Mas acrescenta: “exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa”; se for oneroso, “caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato”; se estes forem omissos, “será a remuneração determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento (art. 658).

196. Classificação do contrato – O contrato de mandato inicia-se com um ato unilateral da vontade do mandante, só se aperfeiçoando, porém, com a aceitação do mandatário, expressa ou tácita, verbal ou escrita, conforme estipula o art. 656 do Código Civil. É, assim, um contrato *consensual*.

É também o mandato um contrato *bilateral*, pois gera obrigações para ambas as partes. Alguns autores⁴ o consideram um contrato *bilateral imperfeito*, mas, na realidade, já hoje é inaceitável essa divisão de contratos em *bilaterais perfeitos* e *imperfeitos*. Estes, que eram os contratos em que só uma das partes se obrigava, dependendo de fatos posteriores a obrigação de outra, podem ser, hoje, considerados como contratos unilaterais. No mandato, desde que se forma o vínculo contratual, o mandatário assume a obrigação de cumprir as ordens e instruções do mandante, empregando na sua execução a mesma diligência que qualquer homem ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios:

4 Teixeira de Freitas, ob. cit., p. 251; Valdemar Ferreira, *Instituições*, t. II, vol. 3, nº 1.117.

“O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente” (Código Civil, arts. 667); por sua vez, o mandante “é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir; é obrigado a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa; e é obrigado a ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes (Código Civil, arts. 675, 676 e 678). Há, assim, logo que o contrato se aperfeiçoa, obrigações recíprocas para ambas as partes, dando ao mandato o caráter de contrato *bilateral*.”

Por último, como já mencionado, o mandato é sempre *oneroso*, quando o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa (Código Civil, art. 658).

197. Pessoas que intervêm no contrato de mandato – Intervêm no mandato mercantil duas pessoas: a que outorga os poderes, que se denomina *mandante*, e aquela a quem os poderes são delegados, chamada *mandatário*. Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante (Código Civil, art. 663).

Qualquer pessoa física ou jurídica, desde que capaz, poderá conferir mandato, delegando a outro poderes para, em seu nome, tratar de negócios jurídicos.

Já para o mandatário não se requer a capacidade plena. Muito embora o Código Civil de 2002 estipule ser anulável o negócio jurídico por incapacidade relativa do agente (art. 171, I, c.c. o art. 4º, I), ele abre exceção para o mandato, estatuinto, no art. 666, que: “O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores.” Se o Código Civil expressamente dispõe que o menor de 18 anos e maior de 16, não emancipado, pode aceitar o mandato, é porque a lei civil reconheceu que, neste contrato, o que impera é a vontade do mandante, que deve ser fielmente cumprida, não podendo o mandatário adulterá-la, sob pena de responder ao mandante pelos prejuízos que lhe causar, de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores (Código Civil, art. 666). Agindo o mandatário em nome do mandante, este é que se obriga perante terceiros; se outorgou o mandato ao menor, naturalmente quis sujeitar-se ao disposto no art. 666, *in fine*, claramente expressando que o mandatário menor responde ao mandante segundo as regras gerais aplicáveis às obrigações contraídas por menores.

No que tange ao Direito Empresarial, existem certas especificidades dignas de nota. Na sociedade em comandita simples, o sócio comanditário somente pode

ser constituído procurador da sociedade para negócio determinado e com poderes especiais (Código Civil, art. 1.047, parágrafo único); os membros do conselho fiscal ou outro qualquer órgão criado pelos estatutos das sociedades anônimas não poderão ser procuradores de acionistas nas assembleias gerais dessas sociedades, se bem que, pela lei atual, os administradores possam representar acionistas nas assembleias gerais (Lei nº 6.404, de 1976, art. 126, § 1º).

198. Constituição do mandato – Inicia-se a formação do mandato mediante um ato unilateral do mandante, ou seja, a outorga de poderes a determinada pessoa para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. Mas esse ato unilateral não é suficiente para gerar o vínculo jurídico a ligar o mandante ao mandatário. Necessário será que este manifeste sua vontade de aceitar os poderes que lhe são conferidos. A aceitação do mandato pode ser expressa ou tácita, e resulta do começo de execução (Código Civil, art. 659). É expressa quando a vontade do mandatário é manifestada claramente, sem subterfúgios, de forma a que não restem dúvidas sobre a aceitação do mandato. É *presumida*, ou *tácita* quando do silêncio ou de atos praticados pelo mandatário se conclui haver este aceito os poderes que lhe foram conferidos. Nesse sentido, o princípio de execução dos poderes outorgados prova a aceitação por parte do mandatário (Código Civil, art. 659, *in fine*). O Código Civil de 2002 não reproduziu a norma do art. 1.293 do Código de 1916, segundo o qual também, quando celebrado entre ausentes, presume-se aceito o mandato “quando o negócio para que foi dado é da profissão do mandatário, diz respeito à sua qualidade oficial ou foi oferecido, mediante publicidade, e o mandatário não fez constar imediatamente a sua recusa”.

A recusa imediata é indispensável em tais casos, pois, não a manifestando, o mandatário faz nascer a presunção de que aceitou tacitamente o mandato. Se não manifestar a recusa imediatamente, responde o mandatário pelos prejuízos que o mandante venha a sofrer.

199. Forma, prova e instrumento do mandato – O mandato não requer forma especial: poderá ser expresso ou tácito, verbal ou escrito, conforme prescreve o Código Civil (art. 656). Mas a outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito (Código Civil, art. 667).

Dispõe o art. 227 do Código Civil que, afóra os casos expressamente nele mencionados, só é admissível a prova testemunhal em negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados, e que qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

Prova-se, contudo, o mandato por todos os modos estabelecidos em Direito. Se verbal, em caráter subsidiário, a prova poderá ser feita por testemunhas; se escrito, pelo instrumento público ou particular em que foi manifestada a vontade do mandante, subordinando-se, contudo, essa prova à demonstração da aceitação do mandatário.

Não requer, o mandato escrito, forma sacramental para a sua outorga. Pode ser conferido por procuração pública ou particular, ou, em determinados casos previstos em leis, por mera cláusula lançada em títulos de crédito com a declaração *por procuração*, como acontece no *endosso-mandato* das letras de câmbio e notas promissórias (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 18) e em outros títulos semelhantes.

Esclarece o Código Civil que “a procuração é o instrumento do mandato” (art. 653). Deve-se, com isso, entender que a procuração é um instrumento que encerra o mandato, não sendo, entretanto, a única maneira segundo a qual o mandato pode ser conferido. Já vimos que é perfeitamente admissível o mandato verbal, como também o são o mandato epistolar e o mandato-endosso, nos títulos de crédito. Daí dizer Carvalho de Mendonça, que “o *mandato* pode existir sem a procuração, ou porque não seja esta necessária, visto o negócio não exceder a taxa legal, ou por ser o mandato conferido em correspondência epistolar, ou porque seja ele condição de contrato bilateral ou meio de cumprir obrigação contratada, casos em que a sua existência e extensão determinam-se no próprio contrato”.⁵ As palavras do Código Civil não devem, assim, ser entendidas como se somente por meio da procuração pudesse ser conferido o mandato.

Quando o mandato tem como instrumento a procuração, esta pode ser pública ou particular. *Pública* é a procuração passada em notas de oficial público, vale dizer, dos tabeliães, perante testemunhas. A lavratura dessas procurações exige requisitos especiais, tais como a identificação do mandante e a das testemunhas. Exige, também, as assinaturas do mandante e das testemunhas e a declaração do notário de que conhece aquele ou estes e que o instrumento contém a verdade, do que o tabelião dá fé. Ainda quando se outorgue mandato por instrumento público, pode substabelecer-se mediante instrumento particular (Código Civil, art. 655).

O mandato por *instrumento público* só é exigido quando a lei assim determina. Não havendo essa determinação, pode o mandato ser outorgado por *instrumento particular*, ainda mesmo que o ato a que ele se refira exija instrumento público. Por exemplo, requerendo a lei escritura pública para um dos modos de constituição das sociedades anônimas – a que se forma mediante subscrição particular do capital, nos moldes do art. 88 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 –, pode alguém constituir mandatário – nos termos do art. 90 da citada lei – mediante procuração *particular*. O mesmo, aliás, se dá no Direito Civil em que atos que *requerem a escritura pública*, como a aquisição de imóveis, podem ser praticados por mandatários munidos de procuração particular. O fundamento dessa aparente anomalia está em que o mandato expressa relações apenas entre mandante e mandatário, devendo ser separadas essas relações, que são pessoais, com a exceção do mandato pelo mandatário, que é uma decorrência do contrato.⁶

5 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 837.

6 Cf. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 5º, anot. ao art. 1.289; Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 838-a. *Contra*: João Arruda, *Rev. dos Tribunais*, vol. 24, p. 274;

Deve o instrumento particular, estar revestido de certos requisitos, mencionados no art. 654, § 1º, do Código Civil. Indispensável, no entanto, é que o instrumento particular mencione a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos, conforme preceitua o § 1º do citado art. 654. O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida (Código Civil, art. 654, § 2º).

200. Espécies de mandato – Em relação ao seu objeto, isto é, à extensão dos atos que devem, em nome do mandante, ser praticados pelo mandatário, o mandato pode ser *geral* ou *especial* (Código Civil, art. 660). *Geral* é o que se refere a todos os negócios do mandante; ao outorgá-lo, não faz esta discriminação ou limitação do campo de ação do mandatário, que, assim, está capacitado a representá-lo onde quer que haja ato que devesse ser praticado por ele.

Já no mandato *especial* há limitação do campo de ação do mandatário. Referindo-se essa espécie de mandato a um ou mais negócios determinados, somente em tais negócios poderá o mandatário representar o mandante. Se, por acaso, deles se afastar, praticando atos em outros negócios que não os especificados, o mandatário estará exorbitando as suas funções e, por isso mesmo, responderá para com o mandante e os terceiros pelos atos praticados fora das atribuições que lhe foram cometidas.

201. Poderes do mandato – Por *poderes do mandato* entende-se a natureza dos atos que devem ser praticados pelo mandatário, em nome do mandante. Tanto no mandato *geral* como no *especial* os poderes que são outorgados ao mandatário podem ser *em termos gerais* ou *poderes especiais*. Diz-se que os poderes são *em termos gerais* quando os atos a serem praticados pelo mandatário são de simples administração do negócio ou negócios do mandante. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração. Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos; além disso, o poder de transigir não importa o de firmar compromisso (Código Civil, art. 661). *Poderes especiais* são os que exorbitam a simples administração do negócio e, por tal razão, necessitam estar claramente determinados para que o mandatário possa executá-los.

Exemplificando, para esclarecer dúvidas que possam surgir em virtude da semelhança de denominação, suponhamos que *A* possui vários negócios. Desejando que *B* cuide de *todos* os seus negócios, *A* lhe confere *mandato geral*. Se os atos a serem praticados pelo mandatário *B* são de *simples administração* (não envolvendo, por exemplo, a faculdade de venda de imóveis), *A*, mandante, outorgará a *B* apenas *poderes gerais*, que são simples poderes de administração. Em tal caso, teremos um *mandato geral* (para que o mandatário cuide de *todos* os negócios do

mandante e não apenas de alguns), com *poderes gerais* (para que, cuidando de *todos* os negócios do mandante, o mandatário pratique apenas *atos de administração*, não podendo, por exemplo, vender imóveis do mandante).

Entretanto, se o mandante *A* deseja que *B* cuide de *todos* os seus negócios, tendo, para isso, um *mandato geral*, podendo, ainda, praticar determinados atos que não se incluem na simples *administração*, lhe outorgará, também, *poderes especiais* (aduzindo, por exemplo, no instrumento do *mandato geral*, uma cláusula especificando: *podendo, também, vender os imóveis X, ou vender imóveis em geral, ou emitir cheques, movimentar contas bancárias, transigir etc.*). Teremos, nesse caso, um *mandato geral (para todos os negócios do mandante)* com *poderes especiais (para praticar atos que excedem da simples administração, como a venda de imóveis)*. Os poderes especiais devem ser sempre especificados, mencionando os atos que devam ser praticados.

Por outro lado, possuindo *A* vários negócios ou interesses, mas desejando que *B* cuide apenas de um ou mais deles, determinará no mandato quais os negócios que devem ser tratados, tendo-se, assim, um *mandato especial*. Esse mandato pode, igualmente, ser em *termos gerais*, quando *B* praticará apenas atos de administração ordinária do negócio ou com *poderes especiais*, quando *B* poderá praticar atos que excedam a administração ordinária, devendo, contudo, tais atos ser expressamente mencionados.

Na prática, esse mecanismo todo se simplifica. Assim, sendo o *mandato geral* em *termos gerais*, o mandante apenas especifica no instrumento do mandato que confere poderes gerais ao mandatário para tratar de todos os seus negócios. Sendo o *mandato geral* com *poderes especiais*, o mandante menciona que o mandatário possui poderes para tratar de todos os seus negócios, podendo, inclusive, praticar atos que excedam a administração e que serão mencionados (por exemplo: depois de mencionar no instrumento do mandato – procuração ou carta-missiva – que o mandatário é constituído para tratar de todos os seus negócios, acrescenta o mandante: *podendo, inclusive, alienar, hipotecar, transigir, aceitar títulos de crédito, subscrever ações de sociedades* ou outros atos que não possam ser considerados de simples administração).

O mesmo se dá quando o mandato é *especial*, isto é, se se refere a negócio ou negócios determinados. O mandante mencionará os negócios para os quais constitui mandatário e em seguida declara os poderes que a este são conferidos.

O Código Civil menciona (art. 661) vários casos em que são necessários poderes especiais para que o mandatário possa agir em nome do mandante. Esses casos – alienar, hipotecar, transigir – não são taxativos, e sim meramente exemplificativos. Em regra, todos os atos que excedem a administração ordinária necessitam de poderes especiais para serem praticados. Essa conclusão decorre da norma contida no art. 661 do Código Civil, segundo a qual “o mandato em termos gerais só confere poderes de administração”. Consequentemente, excedendo os atos a serem praticados pelo mandatário a administração ordinária, são necessários poderes especiais.

Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato (Código Civil, art. 662). O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos (Código Civil, art. 665). Do mesmo modo, e pelo mesmo processo, o mandante poderá impugnar o ato praticado pelo mandatário sem os poderes suficientes, retroagindo a impugnação à data do ato.

202. Substabelecimento do mandato – O mandato poderá ser *substabelecido*, isto é, transferido a outra pessoa, que passa a ocupar a posição do mandatário, representando o mandante. Para isso necessária se torna a manifestação da vontade do mandatário, por ato expresso e escrito, que tem o nome de *substabelecimento*.

Quanto ao substabelecimento, o art. 667 do Código Civil prevê três hipóteses e regula as respectivas consequências:

1ª) O mandante proíbe o substabelecimento: os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato; o mandatário será obrigado a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente; se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento (Código Civil, art. 667, *caput*, e §§ 1º e 3º).

2ª) O mandante permite o substabelecimento: havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele (Código Civil, art. 667, § 2º). Existindo cláusula expressa permitindo o substabelecimento, o mandatário não precisa ouvir o mandante sobre a pessoa a quem vai transferir os poderes que lhe foram delegados. A escolha do novo mandatário ficará, assim, ao livre-arbítrio do que substabeleceu. Vale lembrar, neste ponto, o § 2º do art. 1.300 do Código Civil de 1.916: “Havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se for notoriamente incapaz, ou insolvente.”

3ª) O mandante se omite; não proíbe e nem permite o substabelecimento: sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador poderá substabelecer, mas será responsável se o substabelecido proceder culposamente (Código Civil, art. 667, § 4º).

Poderá o mandatário, ao fazer o substabelecimento, reservar poderes para novamente assumir a sua posição originária no contrato; nesse caso, poderá revogar o substabelecimento nos mesmos casos em que ao mandante é lícito revogar o mandato. Daí nascem duas maneiras segundo as quais pode dar-se o substabelecimento: *com reserva* ou *sem reserva de poderes*. Quando o substabelecimento

é feito sem *reserva* de poderes, o mandatário renuncia inteiramente aos poderes que lhe foram outorgados pelo mandante, passando a relação contratual a vigorar entre o mandante e o substabelecido.

203. Obrigações do mandatário (Código Civil, arts. 667 a 674) – Sendo o mandato bilateral, gera obrigações para o mandatário e para o mandante. As principais obrigações do mandatário são:

a) *Executar o mandato, segundo as ordens e instruções do mandante.* Aceito o mandato, o mandatário é obrigado a cumpri-lo segundo as ordens e instruções do mandante, empregando na sua execução a mesma diligência que qualquer homem ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios.

Por tal razão, não pode o mandatário, sem causa justificada, deixar de dar cumprimento a essa obrigação, que é oriunda do seu consentimento, ao aceitar os poderes que lhe são outorgados pelo mandante.

O Código Civil de 2002 dispõe expressamente sobre a pluralidade de mandatários e sobre a situação do terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, celebrar com ele negócio jurídico exorbitante do mandato:

“Sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, qualquer deles poderá exercer os poderes outorgados, se não forem expressamente declarados conjuntos, nem especificamente designados para atos diferentes, ou subordinados a atos sucessivos. Se os mandatários forem declarados conjuntos, não terá eficácia o ato praticado sem interferência de todos, salvo havendo ratificação, que retroagirá à data do ato (art. 672).

O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente (art. 673).

Como causas que justificam o não cumprimento do mandato estão o fato de só após a aceitação vir o mandatário a saber que o mandante se encontra em circunstâncias que o mandatário ignorava quando aceitou; e o de não haver o mandante feito o suprimento dos fundos necessários quando a execução do mandato depender dessas importâncias. Neste último caso, poderá mesmo o mandatário suspender a execução já iniciada, pois não é sua obrigação arcar com despesas para a prática de atos em nome do mandante, e sim simplesmente dar execução a esses atos.

Pelo não cumprimento do mandato ou inobservância das instruções do mandante, seja motivado por fraude, dolo ou malícia, seja mesmo por negligência culpável ou omissão, responde o mandatário por perdas e danos, como já dispunha o Código Comercial de 1850, no art. 162, e dispõe o Código Civil, no art. 679. Normas do Código Comercial de 1850, já revogadas e não reproduzidas no Código Civil de 2002, podem, entretanto, servir de adinículo para a atividade do aplicador do direito: segundo elas, o mandatário responderá ao mandante por perdas e danos, justificando-se, porém, o excesso dos poderes quando dele resultar vantagem para o mandante, quando o negócio a ser executado não admitir demora

e quando o mandatário agir de boa-fé, sem intenção de exceder os poderes do mandato (Código Comercial de 1850, arts. 168 e 169, aplicáveis ao mandato, *ex vi* do art. 164).

Não tendo o mandante dado instruções suficientes e estando o mandatário na impossibilidade de recebê-las em tempo oportuno, ou ocorrendo fato imprevisível, poderá este cumprir o mandato agindo como agiria se fosse em negócio próprio, observando, contudo, os limites do contrato: “Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou” (Código Civil, art. 679).

b) Pagar juros, pelas somas que devia entregar ao mandante ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu; os juros começam a correr desde o momento em que ocorreu o abuso (Código Civil, art. 670).

O mandato, na atividade empresarial, é contrato oneroso e a demora na entrega das importâncias recebidas pode causar prejuízos ao mandante. Essa demora é um abuso que não pode ser tolerado pela lei.

O Supremo Tribunal Federal, decidindo a respeito, esclareceu que “a circunstância de sujeitar o preceito legal o mandatário ao pagamento dos juros da mora pelas somas que empregou em seu benefício desde o momento dessa prática abusiva não o exonera, de modo algum, da responsabilidade criminal pela apropriação indébita”.⁷

c) Guardar as coisas detidas em nome do mandante, ficando responsável pela sua conservação – Age o mandatário em nome do mandante e ao receber, por qualquer título, coisas a esse destinadas, deve guardá-las e conservá-las convenientemente, para fazer a entrega, mantendo as coisas no mesmo estado em que foram recebidas. Naturalmente, deteriorando-se a coisa por caso fortuito, força maior ou por vício próprio, cessa a responsabilidade do mandatário porque, em tais casos, a deterioração não proveio de falta de cuidados de sua parte. Segundo o art. 671 do Código Civil, “se o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, comprar, em nome próprio, algo que devesse comprar para o mandante, por ter sido expressamente designado no mandato, terá este ação para obrigá-lo à entrega da coisa comprada”.

d) Prestar contas das operações realizadas em nome do mandante (Código Civil, art. 668). – O mandatário age em nome do mandante, para esse devendo ser todas as vantagens do negócio, uma vez que a remuneração do procurador não depende do sucesso das operações praticadas, e sim da mera execução do mandato. Uma vez terminada essa execução, deve o mandatário prestar contas ao mandante, “transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja” (Código Civil, art. 668). Se, por acaso, o mandatário, por culpa própria, provocar prejuízos ao mandante, não pode compensá-los com as vantagens que, por outro lado, possa ter obtido para este (Código Civil, art. 669).

7 Ac. de 25.01.1926, in *Rev. Jurídica*, vol. 79, p. 400.

A prestação de contas tem justamente por finalidade fazer com que o mandatário demonstre a fiel execução das ordens do mandante, para tanto transferindo-lhe as vantagens advindas do negócio ou, se não houve vantagens, mostrando o que realmente ocorreu.

Tais são as principais obrigações do mandatário, a ele impostas desde o momento em que aceita o mandato.

204. Obrigações do mandante (Código Civil, arts. 675 a 681) – Por outro lado, também o mandante possui várias obrigações, oriundas da bilateralidade do contrato. As principais são:

a) Responder pelos atos praticados, em seu nome, pelo mandatário

Essa obrigação provém da própria natureza do contrato, visto se caracterizar o mandato, em regra, pela representação. O mandatário age em nome do mandante; este é quem se obriga perante terceiros, muito embora o ato de que decorre a obrigação seja praticado pelo mandatário. O Código Comercial era concludente quando afirmava que “o comitente (*mandante*) é responsável por todos os atos praticados pelo mandatário dentro dos limites do mandato, ou este obre em seu próprio nome ou em nome do comitente” (Código Comercial de 1850, art. 149). E acrescentava, repisando o assunto: “Sempre que o mandatário contratar especialmente em nome do comitente, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se obrar em seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do comitente” (Código Comercial de 1850, art. 150). O Código Civil de 1916 reafirmava essa obrigação ao estipular que “o mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido” (Código Civil de 1916, art. 1.309), adiantando, mais, que, “ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não excedeu os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções” (Código Civil de 1916, art. 1.313).

Segundo o Código Civil de 2002, o mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir; e é obrigado a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa (Código Civil de 2002, arts. 675 e 676)

Se o mandato for outorgado por duas ou mais pessoas, e para negócio comum, cada uma ficará solidariamente responsável ao mandatário por todos os compromissos e efeitos do mandato, salvo direito regressivo, pelas quantias que pagar, contra os outros mandantes (Código Civil, art. 680).

b) Suprir os meios para a execução do mandato

O mandatário, agindo em nome do mandante, realiza para esse um ou mais negócios, de acordo com os poderes que lhe forem atribuídos. Para isso, entretanto, é necessário que o mandante forneça os meios indispensáveis ao bom desem-

penho do mandato, já que o mandatário, ao praticar os atos relativos ao contrato, está representando o mandante. O Código Civil é preciso a respeito, ao dispor que o mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir” (art. 675). O Código Comercial de 1850 dispunha expressamente que, não sendo feito esse suprimento, poderá o mandatário deixar de executar o mandato, ou mesmo suspender os atos iniciados se as importâncias recebidas não forem suficientes (Código Comercial de 1850, art. 144, 2ª alínea).

O Código Civil de 2002, reproduzindo dispositivo do velho Código Comercial de 1850, dispõe que “o mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu” (art. 681).

c) Pagar a remuneração do mandatário

Contrato oneroso, em matéria empresarial, o mandato requer o pagamento ao mandatário do trabalho que tem com a sua execução. Poderá a importância relativa ao desempenho do mandato ser ajustada previamente ou não; neste último caso, serão observados os usos do lugar onde o mandato deve ser cumprido ou, na falta destes, por arbitramento (Código Civil, art. 658, parágrafo único).

Esse pagamento será devido, ainda mesmo que o negócio realizado pelo mandatário para o mandante não surta os efeitos esperados, a não ser que assim aconteça por culpa do mandatário (Código Civil, art. 676).

Este poderá, mesmo na falta de pagamento pelo mandante, reter o objeto da execução do mandato até ser reembolsado da importância devida (Código Civil, art. 664).

d) Pagar juros pelas importâncias adiantadas pelo mandatário

Do mesmo modo que o mandatário é obrigado a pagar juros pelas importâncias do mandante que não forem a este entregues no momento devido, este é obrigado ao mesmo pagamento de juros pelas importâncias adiantadas para a execução do mandato. Começam a correr os juros da data em que ditas importâncias forem desembolsadas (Código Civil, art. 677).

e) Ressarcir as perdas sofridas pelo mandatário com a execução do mandato

Por último, o mandante é obrigado a ressarcir as perdas sofridas pelo mandatário com a execução do mandato (Código Civil, art. 678). É lógico que, agindo em nome do mandante, não pode o mandatário sofrer diminuição no seu patrimônio na execução de atos para aquele. Os encargos atribuídos ao mandatário obrigam-no apenas à execução, não ao desembolso de quaisquer importâncias ou outras perdas, de origem diversa, que lhe possam advir da execução. Se, entretanto, essas perdas resultarem não da execução normal do mandato, mas de culpa do mandatário ou de excesso de poderes, fora, portanto, das ordens ou instruções do mandante, este nenhuma responsabilidade tem por elas, liberando-se, assim, da obrigação de ressarcir-las.

205. Extinção do mandato – Vários são os casos em que o mandato se extingue, fazendo cessar as relações contratuais entre mandante e mandatário. O Código Civil, legislando sobre a matéria, enumera com detalhes os meios segundo os quais o mandato se extingue (art. 682).

Assim, assinalam a extinção do mandato:

a) A revogação dos poderes por parte do mandante

Contrato que tem por característica precípua o fato de realizar o mandatário atos em nome do mandante, por ele assumindo obrigações, é natural que o último tenha a faculdade de cassar tais poderes sempre que lhe aprouver. Os negócios realizados pelo mandatário são sempre a favor do mandante. Por tal razão, desde que a este não convenha mais a realização de tais negócios, é justo que revogue os poderes outorgados ao mandatário, que age sempre em nome daquele.

A revogação pode ser *expressa* ou *tácita*. A primeira constará de um documento que ateste a vontade do mandante de retirar do mandatário os poderes que lhe conferiu. A segunda consistirá em um ato inequívoco de que resulte a manifestação da vontade do mandante de revogar o mandato, como, por exemplo, se este constitui novo procurador para o mesmo negócio.

Necessário será, entretanto, que o mandatário seja cientificado da revogação, respondendo o mandante pelos atos praticados pelo procurador antes de este tomar conhecimento da revogação. “Tanto que for comunicada ao mandatário a nomeação de outro, para o mesmo negócio, considerar-se-á revogado o mandato anterior” (Código Civil, art. 687).

Mesmo que o mandatário seja notificado da revogação, sendo esta feita somente a ele, os terceiros que, de boa fé, ignorando a revogação, com este contrataram, terão no mandante o responsável pelas obrigações assumidas: “A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador” (Código Civil, art. 686). Contra o mandatário, entretanto, terá o mandante as ações cabíveis.

Casos existem, contudo, em que o mandato se torna irrevogável, não podendo, assim, o mandante extinguir o contrato. Tais casos se verificam:

a) quando mandante e mandatário, ao acordarem o contrato, hajam estabelecido a sua irrevogabilidade. Essa irrevogabilidade provém, assim, do fato de haver o mandante com ela concordado, demitindo de si o direito que tinha de, a qualquer momento, revogar o mandato. Não deixa de parecer estranho o disposto no art. 683 do Código Civil: “Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos.”

b) quando a procuração dada ao mandatário for *em causa própria*, ou seja, para que este trate de assunto que lhe diz respeito. Em tal situação, se bem que agindo em nome do mandante, o mandatário trata de negócios do seu próprio interesse, não cabendo, assim, àquele coibi-lo, pela revogação do mandato, de praticar tais atos; “conferido o mandato com a cláusula ‘em causa própria’, a sua

revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais” (Código Civil, art. 685).

c) nos casos, em geral, em que o mandato for condição de um contrato bilateral (Código Civil, art. 684). Assim, se mandante e mandatário realizaram um contrato estipulando-se neste a condição de ser outorgado um mandato ao segundo, esse mandato é acessório do contrato bilateral e, por decorrer desse contrato, não poderá ser revogado pelo mandante. Tal revogação afetaria o contrato principal, de que o mandato é condição;

d) nos casos em que o mandato contiver poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado, ou seja, meio de cumprir uma obrigação contratada. Ainda aqui o mandato é o modo de cumprimento de uma obrigação, razão pela qual, se fosse revogado, afetaria frontalmente a obrigação de que se originou (Código Civil, art. 686, parágrafo único);

O Código Civil de 1916 estatuiu, que era irrevogável o mandato “quando conferido ao sócio, como administrador ou liquidante da sociedade, por disposição do contrato social, salvo se diversamente se dispuser nos estatutos, ou em texto especial de lei” (Código Civil de 1916, art. 1.317, nº III). Mas esse dispositivo não se aplicava à sociedade empresária, pois nessa os gerentes ou administradores, nomeados no contrato social, não são mandatários da sociedade, mas os seus órgãos (*vide Curso*, nº 260). Não poderão ser tais gerentes destituídos de suas funções porque a sua investidura decorre do ato constitutivo da sociedade, para o qual é exigida a manifestação da vontade de todos os sócios. Se estes, entretanto, também por unanimidade, alterarem o contrato, substituindo os gerentes-órgãos por outros, a substituição é válida, pois houve o consentimento de todos quantos participam, como sócios, da sociedade. Não são, entretanto, esses gerentes *mandatários* da sociedade e os atos que praticam, se bem que em nome e em proveito da sociedade, não se confundem com os atos praticados pelos procuradores.

b) A renúncia do mandatário (Código Civil, arts. 682, I, 688 e 689)

A renúncia será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à substituição do procurador, será indenizado pelo mandatário, salvo se este provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável, e que não lhe era dado substabelecer.

São válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a extinção do mandato pela renúncia do mandatário.

Do mesmo modo que o mandante não é obrigado a conservar indefinidamente o mandatário como seu representante, podendo revogar, quando lhe aprouver, o mandato, assim também o mandatário poderá renunciar, sempre que lhe convier, aos poderes que lhe foram outorgados.

Se bem que o mandatário, ao celebrar o contrato, assumia a obrigação de executá-lo, pode deixar de assim fazer, desde que com isso não seja o mandante

prejudicado. A renúncia deve, assim, ser comunicada ao mandante e se este sofrer prejuízos, pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo para ser constituído novo procurador, o mandatário indenizará o mandante pelas perdas sofridas, a não ser que prove que não podia continuar no mandato sem que esse fato lhe trouxesse prejuízo considerável, e que não lhe era dado substabelecer. (Código Civil, art. 688).

c) A morte ou incapacidade do mandante ou do mandatário (Código Civil, art. 682, II)

Cessa o mandato pela morte ou incapacidade de uma das partes, salvo se se tratar de mandato conferido com a cláusula “em causa própria”. Mas o mandatário deve concluir o negócio já começado, se houver perigo na demora, ainda que ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante (Código Civil, art. 674).

A morte do mandante ou do mandatário faz com que se extinga o mandato. No primeiro caso, pelo fato de não poder o mandatário *representar* pessoa que já não existe; no segundo, porque, sendo as relações entre mandante e mandatário de caráter pessoal, deixando este de existir, cessam tais relações desfazendo-se o contrato.⁸

Para que, entretanto, o mandato deixe de produzir os seus efeitos, necessário será que a morte do mandante chegue ao conhecimento do mandatário. Por tal razão, não tendo o mandatário ciência da morte do mandante, os atos de boa-fé que praticar, mesmo depois desse fato, serão válidos, inclusive os atos sucessivos que forem consequência dos primeiros. A lei civil requer que as pessoas que contrataram com o mandatário tenham agido de boa-fé. Assim, se alguém sabia que o mandante havia falecido e ainda assim contratou de má-fé com o mandatário, que ignorava o fato, esse ato não será válido.

Em caso de morte do mandatário, pendente o negócio a ele cometido, os herdeiros, tendo ciência do mandato, devem comunicar o fato ao mandante, zelando pelos interesses deste. Cabe-lhes, igualmente, até receberem novas instruções do mandante, concluir os atos de gestão iniciados pelo mandatário. Os herdeiros devem limitar-se às medidas conservatórias, ou continuar os negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo para o mandante (Código Civil, arts. 689, 690 e 691).

Se, pelo contrário, a morte for do mandante, cabe ao mandatário, ainda mesmo tendo conhecimento do fato, concluir o negócio começado se do retardamento da prática de atos houver perigo para os interesses do mandante (Código Civil, art. 674).

Ao referir-se a esse caso de extinção do mandato, o Código Comercial de 1850 falava na morte *natural* ou *civil* (Código Comercial de 1850, art. 157, n° 3).

8 A regra de que a morte do mandante extingue o mandato pode sofrer exceções. Assim, a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias estatui, no art. 18, última alínea: “O mandato que resulta de um endosso por procuração não se extingue por morte ou sobrevinda incapacidade do mandante” (a tradução brasileira da Lei Uniforme erroneamente traduz mandante por mandatário).

É o que se dá, também, com o mandato em causa própria.

Como têm esclarecido os tratadistas, ao ser promulgado o Código Comercial já não existia, no Brasil, *morte civil*. Essa era, no dizer de Ferreira Borges,⁹ “o estado duma pessoa que é privada de toda a participação dos direitos civis”. Podia a *morte civil* provir de profissão religiosa ou de condenação, neste caso devendo esta conter a perda de *todos* os direitos e ser consequência de uma condenação judicial. O alvará de 13.11.1756, § 23, declarava que o falido de boa-fé era reputado civilmente morto para deixar de pagar as suas dívidas; ao reabilitar-se era considerado ressuscitado “para tornar a negociar”.¹⁰ A morte civil era a *capitis minutio maxima* dos romanos, abolida por Justiniano pela *novella 22*, Capítulo VIII. As Ordenações (4, 81, § 6º) reconheciam a *morte civil*, ao declarar os condenados à morte privados de todos os direitos. Foi a *morte civil* aceita em alguns Códigos (francês, belga), mas posteriormente abolida.

d) A falência do mandatário

Igualmente, extingue o mandato a falência do mandatário. O Código Comercial de 1850, art. 157, nº 3, declarava que se extinguia o mandato com a falência do mandante ou do mandatário. O Decreto nº 917, de 24.10.1890, que, revogando a 3ª parte do Código Comercial, passou a regular o processo da falência, já modificou esse dispositivo do Código Comercial, estabelecendo, no art. 20, que somente a falência do *mandatário* extingua o mandato. Essa orientação foi seguida pelas leis posteriores que trataram da falência (Dec. nº 2.024, de 1908, art. 52; Dec.-Lei nº 5.746, de 09.12.1929, art. 52; Dec.-Lei nº 7.661, de 21.06.1945, art. 49). A atual Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 09.02.2005) dispõe o seguinte, no seu art. 120:

“Art. 120. O mandato conferido pelo devedor, antes da falência, para a realização de negócios, cessará seus efeitos com a decretação da falência, cabendo ao mandatário prestar contas de sua gestão.

§ 1º O mandato conferido para representação judicial do devedor continua em vigor até que seja expressamente revogado pelo administrador judicial.

§ 2º Para o falido, cessa o mandato ou comissão que houver recebido antes da falência, salvo os que versem sobre matéria estranha à atividade empresarial.”

Em tais condições, tanto os mandatos outorgados quanto os recebidos pelo falido cessarão imediatamente com a decretação da quebra.

Note-se, contudo, que somente os mandatos relativos à atividade empresarial se extinguem com a falência do mandatário. Os demais continuarão em vigor, conforme se vê da ressalva constante do § 2º do art. 120 da Lei de Falências, acima transcrito.

e) Mudança de estado do mandante ou do mandatário

Cessa o mandato pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer (art. 682, III). Em tais condições, o

9 José Ferreira Borges, *Dicionário Jurídico-Comercial*, Pernambuco, 1843, p. 264.

10 *Id.*, *ibid.*, p. 360.

mandato se extinguirá com qualquer mudança de estado por parte do mandante ou do mandatário, desde que essa mudança torne o mandante incapaz de conferir poderes ou impeça o mandatário de exercê-los.

f) Terminação do prazo ou conclusão do negócio

Finalmente, extingue-se o mandato pela terminação do prazo ou pela conclusão do negócio (Código Civil, art. 682, IV). No primeiro caso, justifica-se a extinção do mandato pelo fato de terem as partes anteriormente convencionado e aceito que ele vigoraria apenas por um tempo determinado. Atingido o limite do prazo, o mandato se extingue por haverem assim, ao fixar o prazo, mandante e mandatário estabelecido. No segundo caso, extingue-se o mandato em virtude de haver ele sido dado para um fim determinado, ou seja, a realização de um negócio. Desde que esse se realiza, o mandato se extingue, visto como cessou o seu objeto.

XX

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL OU AGÊNCIA (CÓDIGO CIVIL, ARTS. 710 A 721)

Esse já era o título deste Capítulo nas edições anteriores deste livro. Preferimos mantê-lo, apesar da mudança de terminologia adotada pelo Código Civil de 2002.

No Código Civil de 2002, o título do Capítulo XII, que encabeça os arts. 710 a 721 é “Da agência e distribuição”. Esse título não é dos mais felizes. À primeira vista, o emprego da conjunção “e” pode levar o leitor a pensar, erroneamente, que o Capítulo trata de dois contratos distintos: contrato de agência e contrato de distribuição. Na verdade, o Capítulo XII, que encabeça os arts. 710 a 721, trata do mesmo velho, conhecido e consagrado contrato de representação comercial, regulado pela Lei nº 4.886, de 09.12.1965, que “regula as atividades dos representantes comerciais autônomos”.

A expressão “contrato de agência”, empregada no art. 710 do Código Civil de 2002 também vem gerando certo desconforto para alguns conceituados juristas. Em manifestação submetida à Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que analisou o projeto de Código Civil, o Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, da Universidade Federal do Paraná, já observava que, a alteração do nome já consagrado “representação comercial” para agência poderia gerar confusão com outras modalidades de negócio, como os de agências de viagem e agências de fiscalização.

Em artigo intitulado *A Representação no Novo Código Civil*, Sílvio Venosa observa que a posição do Código Civil de 2002 mais serve para baralhar a questão; informa que o contrato de representação comercial costuma ser identificado pela doutrina e pela jurisprudência com o de agência e distribuição; afirma que o legislador do novo Código deveria ter sido mais claro e que a harmonização das normas (do Código Civil com a lei especial) é complexa; e, finalmente, apresenta uma primeira conclusão: “A primeira conclusão inafastável é no sentido da aplicação da lei do representante comercial sempre que este for devidamente registrado, nos termos do artigo 5º da Lei nº 4.886/65, e realiza negócios em razão dessa profissão habitual. Pouco importa que pratique ele negócios de agência ou de representação

segundo o novo código. Tratando-se de profissão regulamentada, estando o sujeito inscrito nos Conselhos Regionais dos Representantes Comerciais, subordinados estes ao Conselho Federal, aplica-se essa lei, que lhe é protetiva e cria, na verdade, um microsistema jurídico. Subsidiariamente poderá ser aplicado o novo código.”¹

Algumas linhas de pensamento se entrecruzam para explicar a opção do legislador: a) num Código que pretendeu unificar o Direito Obrigacional, a expressão “representação comercial” poderia parecer inapropriada; b) antes da vigência do Código Civil de 2002, o contrato de representação comercial era também chamado de contrato de agência, e as expressões *representante comercial* e *agente comercial* já tinham o mesmo significado; c) sob a influência de Miguel Reale, o Código Civil de 2002 é principiológico e procura apresentar um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização; d) o Código Civil de 2002 não revogou a lei especial anterior que trata do contrato de representação comercial; e o seu artigo 721 prevê expressamente a aplicação de regras constantes de lei especial, no que couber;² e) a Lei nº 4.886, de 09.12.1965, com as modificações nela introduzidas pela Lei nº 4.820, de 11.05.1992, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos, é especial, e *lex generalis non derogat lex specialis*.

Ocorre, portanto, com relação ao contrato de agência o mesmo que acontece com o tratamento dos títulos de crédito cambiais: o Código trata dos títulos de crédito nos art. 887 a 926, mas, no art. 903, dispõe que, “salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”.

Por tudo isso, preferimos manter, como título do Capítulo XX desta obra, a expressão “Representação comercial ou agência”.

206. Conceito – Entende-se por contrato de *representação comercial* ou *agência* aquele em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios em zona determinada, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, em favor de uma outra, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.

A parte que se obriga a agenciar propostas ou pedidos em favor da outra tem o nome de representante comercial; aquela em favor de quem os negócios são agenciados é *representado*. O contrato de representação comercial é também chamado contrato de agência, donde *representante* e *agente comercial* terem o mesmo sentido. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial (Código Civil, arts. 710, *caput*, e 721).

1 VENOSA, Sílvio. A Representação no Novo Código Civil. In: http://www.empresario.com.br/artigos/artigos_html/artigo_100103.html, sítio consultado em 15.05.2009.

2 **Código Civil de 2002**: “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.”

Com base no art. 710 do Código Civil, pode-se afirmar que, quando o representante tiver à sua disposição a mercadoria a ser negociada, o contrato se caracteriza como de distribuição (Código Civil, art. 710, *caput*); e que o representado pode conferir poderes ao representante para que este o represente na conclusão de contratos.

Alguns códigos já regulamentaram esse contrato de *agência* ou *agência comercial*. Assim, o Código Civil italiano lhe dá a primeira denominação, regulando-o nos arts. 1.742 a 1.753.³ O Código Comercial da Colômbia, entrado em vigor em 01.01.1972, denomina-o *agência comercial*, regulando-o nos arts. 1.317 a 1.331.

O contrato de agência ou representação comercial é muito difundido, servindo os representantes ou *agentes* como prestimosos auxiliares dos empresários para a realização dos seus negócios. Convém, entretanto, frisar que os representantes comerciais ou *agentes não são empregados dos representados*, sendo a representação uma atividade *autônoma*.

A representação comercial ou agência pode ser exercida por pessoa física ou jurídica. Em qualquer hipótese, será sempre uma atividade habitual e autônoma, donde serem os agentes classificados como *empresários especiais*, sujeitos, assim, na prática dos seus atos, às prescrições aplicáveis ao empresário.

207. Sistema legal anterior ao Código Civil de 2002 – A Lei nº 4.886, de 09.12.1965, não revogada expressamente pelo Código Civil de 2002, regulamentou, no Brasil, as atividades dos representantes comerciais e os chama de representantes comerciais *autônomos*. [Já vimos que, segundo o art. 721 do Código Civil, “aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão, e as constantes de lei especial”. E já lembramos da velha regra de hermenêutica *lex generalis non derogat lex specialis*].

Podem existir, portanto, representantes comerciais *não autônomos* ou dependentes dos empresários, quando estes destacam empregados seus para fazer a representação em determinados locais. A Lei nº 4.886 regulamentou as atividades dos representantes, tornando-os profissionais da representação, para o que criou (art. 6º) Conselho Federal e Regionais dos Representantes Comerciais, nos quais os representantes obrigatoriamente devem se registrar (art. 2º). Os Conselhos Regionais fiscalizarão as atividades dos representantes, podendo, inclusive, impor-lhes penalidades (art. 18); o Conselho Federal superintende as atividades dos Conselhos Regionais e resolve os recursos que lhe são encaminhados pelos Conselhos Regionais.

A Lei nº 4.886, de 1965, não apenas regula as atividades dos representantes como, igualmente, fornece os elementos caracterizadores dos contratos por esses realizados com os seus representados.

3 Um esboço histórico do *Contrato de agência*, regulado pelo Código Civil italiano, foi feito por Marino Perassi; Gastone Cottino, *Contratti Commerciali*, Padova, Cedan, 1991, pp. 412 e segs.

O Projeto do Código de Obrigações de 1965 regulava o contrato de representação comercial com o nome de *Agência e Distribuição* nos arts. 659 a 671. Segundo esse Projeto, “pelo contrato de agência ou distribuição obriga-se uma pessoa a realizar, mediante retribuição, mas sem subordinação hierárquica e com caráter de habitualidade, operações mercantis por conta de outra, em zona determinada”. O Projeto do Código Civil de 1975 regulava, igualmente, esse contrato com o mesmo nome de *Agência e distribuição* nos arts. 719 a 730.

207-A. Alterações na Lei nº 4.886 – A Lei nº 4.886, de 1965, teve, entretanto, vários de seus dispositivos alterados pela Lei nº 4.820, publicada no *DOU* de 11.05.1992, notadamente os arts. 24, 25, 27, 31, 32, 33 e 39, sendo acrescentados os arts. 41, 42, 43, 44, 45, 46 e 47. Foram suprimidos o parágrafo único do art. 10, o parágrafo único do art. 17 e o art. 41 da Lei nº 4.886. Segundo essas alterações o art. 24, com a redação dada pela Lei nº 4.820, se refere à prestação de contas das Diretorias dos Conselhos Regionais *ao próprio Conselho*, e o art. 25 à prestação de contas dos Conselhos Regionais *ao Conselho Federal*, estatuinto, ainda, a prestação de contas do Conselho Federal *ao respectivo plenário*.

O art. 27 determina que “do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados” constem, *obrigatoriamente*, “a indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação” e “ainda a indenização devida ao representante pela rescisão do contrato, fora dos casos do art. 35 (*desídia ao representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, prática de atos que importem em descrédito comercial do representado*), *falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representante comercial, condenação definitiva por crime considerado infamante, e força maior*, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação”. Em se tratando de contrato a prazo *determinado*, a indenização corresponderá a importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual (Lei nº 4.820, de 1992, art. 27, §§ 1º e 2º). Será considerado por prazo *indeterminado* todo contrato que sucedeu, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo (art. 27, § 3º); se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente; e, no caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido (Código Civil, art. 720).

Os arts. 31, 32 e 33, § 3º, se referem às comissões devidas ao representante. E o art. 39 estabelece que, “para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código do Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas”.

O art. 2º da Lei nº 8.420/92 acrescenta à Lei nº 4.866/65 os arts. 41 a 47, com a seguinte redação:

“Art. 41. Ressalvada expressa vedação contratual, o representante comercial poderá exercer sua atividade para mais de uma empresa e empregá-la em outros mister ou ramos de negócio.

Art. 42. Observadas as disposições constantes do artigo anterior, é facultado ao representante contratar com outros representantes comerciais a execução dos serviços relacionados com a representação.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o pagamento das comissões a representante comercial contratado dependerá da liquidação da conta de comissão devida pelo representando ao representante contratante.

§ 2º Ao representante contratado, no caso de rescisão de representação, será devida pelo representante contratante a participação no que houver recebido da representada a título de indenização e aviso prévio, proporcionalmente às retribuições auferidas pelo representante contratado na vigência do contrato.

§ 3º Se o contrato referido no *caput* deste artigo for rescindido sem motivo justo pelo representante contratante, o representante contratado fará jus ao aviso prévio e indenização na forma da Lei.

§ 4º Os prazos de que trata o art. 33 desta Lei são aumentados em 10 dias quando se tratar de contrato realizado entre representantes comerciais.

Art. 43. É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*.

Art. 44. No caso de falência do representado as importâncias por ele devidas ao representante comercial, relacionadas com a representação, inclusive comissões vendidas e vincendas, indenização e aviso prévio, serão considerados créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos por esta Lei.

Art. 45. Não constitui motivo justo para rescisão do contrato de representação comercial o impedimento temporário do representante comercial que estiver em gozo do benefício de auxílio-doença concedido pela Previdência Social.

Art. 46. Os valores a que se referem a alínea *j* do art. 27, o § 5º e o art. 34 desta Lei serão corrigidos monetariamente com base na variação dos BTN's ou por outro indexador que venha a substituí-los e legislação ulterior aplicável à matéria.

Art. 47. Compete ao Conselho Federal dos Representantes Comerciais fiscalizar a execução da presente Lei.

Parágrafo único. Em caso de inobservância das prestações legais, caberá intervenção do Conselho Federal nos Conselhos Regionais, por decisão da Diretoria do primeiro, *ad referendum* da reunião plenária, assegurado, em qualquer caso o direito de defesa. A intervenção cessará quando do cumprimento da Lei.”⁴

Também trataram da representação comercial o Projeto de Código de Obrigações de 1965 (arts. 659 a 671) e o Projeto de Código Civil de 1975 (arts. 719 a 730). Segundo o Projeto de Código de Obrigações, que denominava o contrato

4 V. texto da Lei nº 8.420, de 08.05.1992 no Apêndice, no fim do livro.

(como o fez depois do Projeto de Código Civil) de *agência e distribuição*, por ele “obriga-se uma pessoa a realizar, mediante retribuição, mas sem subordinação hierárquica, e com habitualidade, operações mercantis por conta de outra, em zona determinada”.

De ambos esses projetos se tem a impressão de que só as pessoas físicas podiam ser *agentes comerciais*, já que se referiam eles apenas a uma *pessoa* que assume as obrigações de *agente* (Projeto de Código de Obrigações, art. 659; Projeto de Código Civil, art. 719), estatuindo até o Projeto de Código Civil que a remuneração devida ao agente pelos serviços realizados, não continuados por motivo de força maior, “no caso de morte... cabe aos seus herdeiros” (art. 712). Também o Código Civil italiano dá essa ideia, consignando que a indenização do agente, “em caso de morte se transmite aos herdeiros” (art. 1.751, última alínea). O Código Comercial da Colômbia, entretanto, é explícito ao afirmar que o contrato de *agência* é aquele em que o agente é *comerciante* (art. 1.317), podendo, assim, ser pessoa *natural* ou *jurídica*. A Lei nº 4.886 igualmente dispõe de modo claro que o representante pode ser pessoa *natural* ou *jurídica* (art. 3º, § 3º).

208. Características do contrato de representação comercial – Várias características configuram o contrato de representação comercial. Dentre elas se destacam:

a) a *profissionalidade* do representante. Este deve ter como profissão o agenciamento de negócios, por meio de propostas ou pedidos, encaminhados aos representados, de pessoas que desejam comerciar com esses;

b) a *autonomia*, ou seja, a não subordinação hierárquica do representante ao representado. Na realidade, como observa Orlando Gomes,⁵ existe subordinação do representante às ordens do representado, já que vai realizar atos em proveito desse; mas essa não é uma subordinação hierárquica, o que vale dizer que o representante não é empregado do representado. A Lei nº 4.886, de 1965, querendo, sem dúvida, afastar qualquer ideia de subordinação hierárquica, declara que essa lei “regula as atividades dos representantes comerciais *autônomos*”;

c) a *habitualidade* dos atos praticados pelos representantes. Não é apenas a realização de um ato esporádico que caracteriza a representação. Devem esses atos ser habituais. Aliás, essa característica pode ser compreendida na profissionalidade do representante, pois a profissionalização da atividade pressupõe a prática habitual dos atos de agenciamento;

d) a *mercantilidade dos negócios* agenciados para o representado. A lei brasileira é taxativa nesse sentido, ao considerar que constitui representação “a mediação para a realização de negócios mercantis” (art. 1º).

e) a *delimitação geográfica das atividades dos representantes*. A lei brasileira nº 8.420 entende que o representante deve ter uma zona geográfica delimitada para a sua atuação, e nesse sentido sempre existe uma cláusula contratual. Assim, o

5 Orlando Gomes, *Contratos*, nº 292.

representante pode agenciar negócio para o representado em todo o país, em uma região, compreendendo vários Estados, em um só Estado, em um só Município etc.;

f) a *exclusividade da representação*. Essa diz respeito ao fato de não poder um representante representar duas ou mais empresas para um mesmo gênero de negócios. Pode, entretanto, o contrato permitir que tal aconteça, e nesse caso o representante pode ter outra representação de produtos similares. Quanto ao representado, pode este, em uma mesma zona, dar a representação apenas a um agente, donde se dizer *representação exclusiva*, ou a vários. Em qualquer dos casos, deve a exclusividade ou não exclusividade constar do contrato, entendendo-se que, nenhuma cláusula figurando a respeito, pode ser concedida a mesma representação a vários agentes localizados numa só zona. Segundo o art. 711 do Código Civil de 2002, “salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”.

g) a *remuneração do representante*. Este é um contrato oneroso e a remuneração do representante, correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, é sempre devida até mesmo em atos em que o mesmo não interfira. Sobre a remuneração do representante falaremos mais adiante (Código Civil, art. 714).

209. Representação, mandato e comissão – A representação comercial se aproxima e muitas vezes pode se confundir com os contratos de *mandato* e *comissão*, mas na realidade tem características diferentes. Do mandato se afasta porque o mandatário *representa* o mandante, enquanto que o representante, apesar do nome, apenas *angaria negócios* para o representado. Assim, não pode ele, sem poderes expressos, obrigar o representado, praticando atos que só este poderia praticar, como, por exemplo, dar abatimentos, descontos ou dilações. Entretanto, é comum ao contrato de representação vir junto um contrato de mandato quando tais poderes são expressamente outorgados ao representante pelo representado.

Também, como se disse, aproxima-se a representação do contrato de *comissão*, já que ambos visam à realização de atos em proveito do representado. Mas dele se destaca porque na comissão o comissário age e se obriga, perante terceiros, em seu próprio nome, o que não acontece com o representante.

210. Profissionalização de representante – Acima foi dito que a representação comercial se caracteriza pela profissionalização do representante. Muito embora o assunto diga respeito mais à conceituação do representante como comerciante, devendo ser, assim, estudado na parte do Direito que estuda os comerciantes, é interessante fazer-se aqui referência a essa profissionalização, em virtude de só serem considerados contratos de representação os realizados pelos representantes *profissionais*.

A profissão do representante comercial autônomo não estava regulada no Direito brasileiro, dependendo, assim, a sua caracterização dos contratos mantidos

pelos representantes com os representados. A Lei nº 4.886, de 1965, desse modo, regulou a profissão dos representantes impondo regras para que fossem as pessoas consideradas como tais. Permitiu a lei que os representantes fossem pessoas naturais ou jurídicas e, criando os Conselhos Regionais dos Representantes Comerciais, tornou obrigatório o registro destes. Assim, só podem ser representantes comerciais autônomos os que podem ser comerciantes comuns, os que não tenham sido falidos ou, se o foram, estejam reabilitados, os que não tenham sido condenados por infração penal de natureza infamante, e os que não tiveram o seu registro comercial cancelado como penalidade (Lei nº 4.886, art. 4º).

Os representantes comerciais, para poderem exercer a sua profissão e gozar, desse modo, dos benefícios legais, devem ser registrados nos Conselhos Regionais dos Representantes que lhes fiscalizará a atuação, podendo, inclusive, impor penalidades (Lei nº 4.886, arts. 2º a 12, 18 e 19).

211. Classificação do contrato – O contrato de representação comercial é *consensual*, formando-se e tornando-se exigível pelo simples consentimento das partes. É *bilateral*, porque cria obrigações tanto para o representante como para o representado. É *oneroso*, sendo sempre devida uma remuneração aos representantes pelos serviços efetivamente prestados. Em certos casos como, por exemplo, quando o representante tem exclusividade em determinada zona, em quaisquer operações em proveito dos representados, ainda mesmo sem a interferência de representante (quando o negócio é tratado diretamente pela parte com o representado), a remuneração do representante é devida como se o negócio fosse realizado com sua participação.

212. Forma e prova do contrato – O contrato de representação comercial não tem forma especial, podendo, assim, constituir-se verbalmente ou por escrito. O comum, entretanto, é a forma escrita, e a lei a ela se refere expressamente, no art. 27, estabelecendo que, “quando celebrado por escrito, além dos elementos comuns e outros, a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente de:

- a) condições e requisitos gerais da representação;
- b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;
- c) prazo certo ou indeterminado da representação;
- d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação, bem como da permissibilidade ou não de a representada ali poder negociar diretamente;
- e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona, ou setor de zona;
- f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da expressa realização dos negócios, o recebimento ou não, pelo representado, dos valores respectivos;
- g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

- h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes;
- i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;
- j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 27,⁶ cujo montante não será inferior a um vinte avos (1/20 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, a contar da vigência desta lei”.⁷

A prova do contrato se faz por todos os meios permitidos na lei civil ou comercial, isto é, de acordo com os arts. 122 do Código Comercial e 136 do Código Civil.

213. Obrigações do agente ou representante – Contrato *bilateral*, a representação comercial gera obrigações para o representante e para o representado. São as principais obrigações do representante:

a) procurar angariar negócios em favor do representado. Essa é, na realidade, a finalidade do contrato e, assim, o agenciamento de negócios mediante pedidos ou propostas, é dever do representante. Ficando esse agenciamento a depender das condições do mercado, qualidade ou utilidade das mercadorias postas à venda etc., não pode, de regra, o representante obrigar-se a realmente enviar ao representado um certo número de propostas ou pedidos. Entretanto, quando a mercadoria é de fácil consumo ou apresenta qualidades excepcionais, pode o contrato estabelecer um mínimo da produção por parte do representante, caso em que a observância da cláusula se torna obrigatória;

b) agir com diligência e seguir as instruções do representado, no desempenho que lhe foi acometido (Código Civil, art. 712). Apesar, como já se disse, de não ser o representante hierarquicamente dependente do representado, não pode agir de modo próprio em vários assuntos que dizem respeito aos interesses do representado. Assim, por exemplo, a fixação dos preços das mercadorias, as condições de venda etc., são da atribuição do representado e ao representante cabe seguir as instruções daquele;

c) fornecer ao representado informações sobre o andamento dos negócios bem como informações gerais sobre as condições de atuação na praça onde exerce sua atividade, sobre a situação dos clientes, do comércio em geral etc.;

d) manter sigilo sobre as atividades da representação, podendo, inclusive, ser punido pelo Conselho Regional dos Representantes, quando da quebra de sigilo profissional (Lei nº 4.886, art. 19, d);

e) prestar contas ao representado do produto de suas atividades ou dos documentos recebidos daquele (Lei nº 4.886, art. 19, e).

214. Obrigações do representado – A principal obrigação do representado é pagar ao representante a remuneração dos seus serviços. Essa remuneração, em regra, é baseada nas vendas efetuadas, calculando-se de acordo com o montante

6 Art. 27, g, da Lei nº 8.420.

7 A Lei nº 4.886, de 1965, entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, em 10.12.1965.

da venda. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência. O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato. A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos. Se a dispensa se der sem culpa do agente, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte (Código Civil, arts. 714 a 719). Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor (Código Civil, art. 713).

Havendo exclusividade na representação, ainda que o negócio seja feito sem a intervenção do representante, a remuneração é devida.

O pagamento da remuneração fica a depender do pagamento da mercadoria por parte do comprador. Podem, entretanto, as partes convencionar épocas em que serão apuradas as comissões e devidamente pagas. Entretanto, as remunerações do representante podem ser retidas pelo representado nos casos em que o contrato for rescindido por culpa deste. A retenção, em tal caso, tem por finalidade garantir ao representado a indenização dos danos sofridos com a rescisão.

215. Extinção do contrato de representação – Podendo o contrato de representação comercial ser ajustado por tempo indeterminado ou determinado, neste último caso extingue-se ocorrendo decurso de prazo. Pode, entretanto, ainda estando em vigor, ser o contrato extinto por fatos imputáveis ao representado ou ao representante. Constituem justa causa para a rescisão do contrato, por fato imputável ao representado (quando, normalmente, o pedido de rescisão é feito pelo representante), quando há redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato; quando prevista a exclusividade do contrato, esta é quebrada, direta ou indiretamente; quando o representado fixa abusivamente os preços em relação à zona do representante, com a finalidade de lhe impossibilitar ação regular; quando o pagamento da remuneração não é feito na época devida; e por motivo de força maior.

Pode, ainda, o contrato por tempo indeterminado ser extinto pela vontade unilateral de uma das partes, segundo as regras comuns do direito contratual. E, igualmente, sendo o contrato por tempo determinado ou não, pode extinguir-se pelo mútuo consenso das partes.

216. Controvérsias entre representantes e representados – As controvérsias entre representantes e representados são dirimidas pela *justiça comum* (Lei nº 4.886, art. 39). Dando à justiça comum competência para julgar os conflitos de

interesses entre representante e representado a lei afasta qualquer dúvida sobre a autonomia do contrato de representação, mostrando que o representante não é empregado do representado, pois, se tal acontecesse, as suas controvérsias seriam resolvidas pela justiça especial, no caso a Justiça do Trabalho.

GESTÃO DE NEGÓCIOS

217. Noção – Entende-se por *gestão de negócios* o fato de alguém, sem autorização ou mandato, praticar atos ou administrar interesses em benefício de outra pessoa.

O Código Civil de 1916 subordinava a gestão de negócios ao título geral dos contratos, muito embora, pelo seu caráter específico, a gestão não seja um contrato, já que não houve consentimento do dono do negócio.¹

O Código Civil brasileiro de 2002, na esteira da melhor doutrina, trata da gestão de negócios como ato unilateral (Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo II, arts. 861 a 875) traçando as suas normas reguladoras; mas dispõe, no art. 873, que a ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.

218. Histórico – O Direito Romano conhecia a gestão de negócios e as *Institutas* a ela se referem, estatuinto que “quando alguém administra os negócios de um ausente, nascem para ambos ações recíprocas chamadas de *gestão de negócios*” (3, 27, 1). Do Direito Romano passou para vários códigos civis como o francês, o italiano de 1865, o espanhol e o chileno.

No Brasil, antes do Código Civil de 1916, não havia legislação específica sobre a gestão de negócios, a ela, porém, várias leis fazendo referências. Em geral, o assunto era resolvido pelas interpretações da doutrina, que quase sempre se valia dos subsídios do Direito Romano. O Código Comercial referia-se à *gestão de negócios* no art. 163. Ao regulá-la o Código Civil se utilizou não só da doutrina aceita como das fontes do Direito Romano e das legislações que já haviam disposto sobre o assunto.

219. Características – Caracteriza-se a gestão de negócios, segundo o ensinamento de Clóvis Beviláqua:²

-
- 1 Em virtude de trazer proveitos e criar obrigações para o *dominus*, a gestão de negócios vinha sendo aceita como contrato. A melhor doutrina, entretanto, já a considerava fonte autônoma de obrigações, visto não haver, na gestão, originariamente, um acordo de vontades, característica dos contratos em geral.
 - 2 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 5, anot. ao art. 1.331 do Código Civil de 1916.

a) por *não estar o gestor autorizado* a tratar do negócio. A letra do Código é esclarecedora quando diz, no art. 861:

“Aquele que, *sem autorização do interessado*, intervém na gestão de negócio alheio, *dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono*, ficando responsável a este e às pessoas com quem tratar.”

Se, por acaso, houvesse autorização se teria, evidentemente, um mandato ou uma locação de serviço. É, assim, a espontaneidade do gestor que evidencia a gestão de negócio.

b) por *não ser o negócio do interesse do gestor*; e sim de outra pessoa. Daí frisar a lei que o gestor *intervém na gestão de negócio alheio*. Se se tratasse de interesse do gestor seria um simples caso de administração de negócio pelo seu proprietário. Pode, contudo, o gestor ter interesse comum com o do negócio alheio que administra; nesta hipótese, se os negócios alheios forem conexos ao do gestor, de tal arte que se não possam gerir separadamente, haver-se-á o gestor por sócio daquele cujos interesses agenciar de envolta com os seus; e aquele em cujo benefício interveio o gestor só é obrigado na razão das vantagens que lograr (Código Civil, art. 875).

c) por agir o gestor *segundo o interesse e a vontade presumível do dono do negócio*, e não segundo os seus próprios interesses e a sua própria vontade. Se bem que não tenha autorização, o gestor procurará agir sempre no intuito de defender os interesses do dono do negócio. E para isso terá que agir como esse agiria pessoalmente, para tanto presumindo a vontade do dono do negócio.

d) por último, a *gestão deve ser motivada pela necessidade ou pela utilidade*.³ Essa a razão justificativa da ingerência de alguém em *negócio alheio*. “Todos os autores salientam o benefício da gestão de negócios, entendida nos moldes da doutrina e da lei, considerando-a como correspondendo a um fim social.”⁴ Se assim não acontecesse, seria por demais perigosa a interferência de alguém em negócio de outrem, sem a devida autorização.

220. Natureza jurídica – A gestão de negócios era tida pelos romanos como um *quase contrato*, conforme se vê das *Institutas*, 3, 27, *princ.*: “Depois de enumerados os gêneros de contratos, tratemos também das obrigações que não se têm como propriamente nascidas de um contrato; mas como não têm a natureza delitual, consideram-se nascidas de um *quase contrato*.” Como tal foi classificado pelo Código Civil francês que, depois de definir os *quase contratos* como “os fatos puramente voluntários do homem, de que resulte um compromisso qualquer para com um terceiro, e às vezes um compromisso recíproco das duas partes” (art. 1.371), classifica a gestão de negócio como tal (art. 1.372). Essa orientação foi seguida por várias legislações (Códigos Civis italiano de 1865, espanhol, chileno,

3 *Id.*, *Ibid.*, vol. 5, anot. ao art. 1.331, obs. 2-2.

4 Eduardo Espínola. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, Gazeta Judiciária, Rio de Janeiro, Editora S.A., 1953, nº 168, nota 5, p. 350.

uruguaio), notando-se, contudo, que outros Códigos não incluíram a gestão entre os quase contratos, ora tratando dela em capítulos especiais, como o italiano de 1942 (arts. 2.028 a 2.032), ora a aproximando do mandato.

O Código Civil brasileiro de 2002, como já mencionado no nº 217 *supra*, trata da gestão de negócios como ato unilateral (Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo II), mas dispõe, no art. 873, que a ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.

221. Obrigações do gestor – Gerindo o negócio de outrem sem a sua autorização, o gestor assume obrigações pelas quais responderá. Tais obrigações são:

a) dirigir o negócio cuja gestão assume segundo o interesse e a vontade presumível do dono (Código Civil, art. 861). Apesar de ser um ato espontâneo, para o qual não recebe poderes do dono, a gestão tem que ser encarada sempre como um negócio de outro, não do gestor. Por tal razão, cumpre a esse agir sempre no interesse e de acordo com a vontade presumível do dono do negócio, a quem se destina o proveito da gestão;

b) quando possível, cabe ao gestor comunicar a gestão do dono do negócio, dele aguardando resposta, se da espera não resultar perigo (Código Civil, art. 864). Se, por acaso, o dono falecer durante a gestão, o gestor aguardará as instruções dos herdeiros, adotando, contudo, as medidas que forem reclamadas pelo caso (Código Civil, art. 865);

c) o gestor é obrigado a envidar sua diligência habitual na administração do negócio, ressarcindo o dono dos prejuízos resultantes de culpa de sua gestão (Código Civil, art. 866);

d) por último, o gestor é obrigado a prestar contas ao dono do negócio, transferindo-lhe os proveitos obtidos na gestão.

222. Responsabilidade do gestor – Além das obrigações acima enumeradas, o gestor é responsável para com o dono do negócio e as pessoas com quem contratar pelos atos que praticar, respondendo até pelos casos fortuitos, se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do dono, a não ser que prove que esses teriam sobrevivendo ainda que ele se abstinhasse da gestão (Código Civil, arts. 861 e 862). Nessa hipótese, se os prejuízos excederem o proveito da gestão, poderá o dono exigir que o gestor restitua a coisa ao estado anterior ou indenize a diferença.

Também, se o gestor se fizer substituir por outrem na gestão, responderá pelas faltas do substituto; havendo mais de um gestor, a responsabilidade será solidária (arts. 863 e 867).

Por último, se fizer, na gestão, operações arriscadas, ainda que o dono do negócio costume fazê-las, ou se, em seu interesse, preferir os do dono do negócio, o gestor responde pelo caso fortuito. Se o dono do negócio quiser aproveitar-se da gestão e, se os prejuízos dela excederem o seu proveito, poderá ele exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença (Código Civil, art. 868).

223. Obrigações do dono do negócio – Tendo sido o negócio administrado utilmente, compete ao dono responder pelas obrigações assumidas pelo gestor, reembolsando-o das despesas úteis ou necessárias que houver feito, acrescidas de juros, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão. Os juros serão contados desde o momento do desembolso (Código Civil, art. 869). O mesmo ocorre quando a gestão se proponha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio ou da coisa; mas, nesta hipótese, a indenização ao gestor não excederá, em importância, às vantagens obtidas com a gestão (Código Civil, art. 870).

Nas operações arriscadas praticadas pelo gestor, se o dono do negócio quiser aproveitar-se da gestão, deverá indenizar as despesas necessárias por aquele realizadas, bem como os prejuízos que houver sofrido por causa da gestão (Código Civil, art. 868, parágrafo único).

224. Ratificação da gestão – A gestão de negócios é feita sem que o dono tenha conhecimento desta. Se, tomando conhecimento, ratificar ele os atos do gestor, a *ratificação retroagirá até o dia do começo da gestão*. Essa, então, se equipara ao mandato, e como tal produzirá efeitos desde o dia em que se iniciou (Código Civil, art. 873).

225. Desaprovação da gestão – Ato unilateral do gestor, que intervém no negócio alheio sem a devida autorização, poderá a gestão ser aprovada ou não pelo dono do negócio. No primeiro caso, a gestão se equipara, como vimos, ao mandato, retroagindo até o dia em que foi iniciada. Poderá, entretanto, o dono não ratificar os atos praticados pelo gestor, por considerá-los contrários aos seus interesses; em tal caso, aplica-se o disposto no art. 874 do Código Civil, que faz remissão aos arts. 862, 863, 869 e 870:

“Art. 874. Se o dono do negócio, ou da coisa, desaprovou a gestão, considerando-a contrária aos seus interesses, vigorará o disposto nos arts. 862 e 863, salvo o estabelecido nos arts. 869 e 870.

Art. 862. Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido.

Art. 863. No caso do artigo antecedente, se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença.

Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão.

§ 1º A utilidade, ou necessidade, da despesa, apreciar-se-á não pelo resultado obtido, mas segundo as circunstâncias da ocasião em que se fizerem.

§ 2º Vigora o disposto neste artigo, ainda quando o gestor, em erro quanto ao dono do negócio, der a outra pessoa as contas da gestão.

Art. 870. Aplica-se a disposição do artigo antecedente, quando a gestão se proponha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio ou da coisa; mas a indenização ao gestor não excederá, em importância, as vantagens obtidas com a gestão.”

Finalmente, o Código Civil, assimilando orientações doutrinárias e jurisprudenciais, prevê a solução para duas situações comuns na vida quotidiana: 1^a) quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato (Código Civil, art. 871); 2^a) nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens, salvo se ficar provado que o gestor fez essas despesas com o simples intento de bem fazer (Código Civil, art. 872).

XXII

COMISSÃO

226. A comissão na legislação anterior – O Código Civil de 1916 não cuidava do contrato de comissão. Ele era tratado no Código Comercial de 1850 com o nome de comissão mercantil, no Título VII, Parte Primeira, arts. 165 a 189. Os dois primeiros artigos desse Título, n^{os} 165 e 166, davam o conceito do contrato, considerando-o, contudo, como uma espécie particular do mandato no qual o comissário contratava em seu próprio nome e, por tal razão, se obrigava para com os terceiros.

226-A. A comissão no Código Civil de 2002. Noção – O Código Civil de 2002 trata da comissão na Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo XI, nos arts. 693 a 790. *Comissão* é o contrato segundo o qual uma pessoa se obriga a, em seu próprio nome, adquirir bens para outra pessoa ou vender bens de outra pessoa: o contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente (Código Civil, art. 693). A pessoa em favor de quem os atos ou negócios são realizados tem o nome de *comitente*; a pessoa que se incumba de praticar os atos ou realizar os negócios, chama-se *comissário*. Pode o *comissário* ser pessoa física ou jurídica.

227. Comissão e mandato – Autores há que consideravam a comissão como um contrato de mandato em que o mandatário (*comissário*) não representa o mandante (*comitente*), faltando, assim, o elemento *representação*; o Código Comercial de 1850 tomava essa orientação ao declarar, no art. 166, que:

“A comissão mercantil é o *contrato do mandato* relativo a negócios mercantis quando, pelo menos, o comissário é comerciante, *sem que nesta gestão seja necessário declarar ou mencionar o nome do comitente.*”¹

Seria, assim, a comissão o chamado *mandato sem representação*.

Essa doutrina, contudo, em que pese à autoridade dos que a defendiam, nunca nos pareceu merecedora de aplausos. O elemento *representação* não é essencial ao

1 O Código Civil italiano de 1942 define a comissão de modo aproximado do nosso, ao declarar, no art. 1.731, que “o contrato de comissão é *um mandato* que tem por objeto a compra e venda de bens por conta do comitente e *em nome do comissário*”.

mandato, apesar de comumente haver representação. Se bem que a comissão tenha inúmeros pontos de contato com o mandato, várias sendo as normas deste aplicáveis àquela, são, contudo, contratos de natureza diferente. A falta de alguns elementos característicos do mandato traz consequências para o comissário extremamente diversas das obrigações assumidas pelo mandatário. Agindo o *comissário* em seu próprio nome e não em nome do *comitente*, se bem que a mandato deste, *assume obrigações pessoais* para com aqueles com quem contrata. E no que tange às suas relações com o comitente poderá, até, o comissário assumir a responsabilidade solidária pela solvência das pessoas com que contratar (*comissão del credere*) em nome do comitente (Código Civil, art. 698), o que não acontece com o mandatário que, agindo *por conta e em nome do mandante*, responde apenas pelos atos em que sua culpa se provar.

Em tais condições, deve-se considerar a *comissão mercantil* não como uma simples variante do mandato, mas como um contrato que tem características próprias, se bem que a ele sejam aplicadas muitas regras do mandato (Código Civil, art. 709), razão pela qual está aproximada desse contrato mais do que de qualquer outro.²

228. Sistema legal – A *comissão mercantil* é regulada na Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo XI, nos arts. 693 a 790.

O Código traça regras sobre a aceitação da comissão, as responsabilidades, os direitos e as obrigações do comissário e do comitente, a comissão *del credere* ou, na expressão usada no Projeto do Código Comercial de autoria do Des. Florêncio de Abreu, *Comissão em garantia* (art. 860)³ e por último a remuneração devida pelo comitente ao comissário, que tem, também, o nome de *comissão*. Finalmente, estatui o Código, no art. 709, serem aplicáveis à comissão, no que couber, as regras sobre mandato, regra que não deve ser aceita em caráter absoluto, pois muitas são as normas do título referente aos mandatos que não têm aplicação na comissão, apesar de não haver o art. 709 feito qualquer restrição a respeito. Tratando-se de contratos diversos, quando as normas de ambos se chocam devem elas vigorar apenas para o contrato a que se referem. Assim, por exemplo, o disposto no art. 663, quando diz que o mandatário age e se obriga em nome do mandante, obviamente não se aplica à comissão, que tem uma regra especial a respeito, no caso o art. 694, estatuinto que:

“O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.”

2 Sobre *comissão mercantil* no Direito francês, V. J. Hamel, pref. a *Le contrat de commission*, estudos de P. Bailly e outros, Paris, Dalloz, 1949; sobre *representação* em geral e na comissão (representação indireta), v. H. Lehmann, *Tratado de Derecho Civil*, Parte Especial, *Rev. de Derecho Privado*, Madri, 1946, pp. 427 e segs.

3 O Projeto de Código de Obrigações de 1965 manteve a denominação de “*comissão del credere*” (art. 652). É o que acontece também com o Projeto de Código Civil de 1975, art. 707.

Do mesmo modo, os arts. 663 e 675, referentes ao mandato, quando dispõem que o mandante é responsável por todos os atos praticados pelo mandatário dentro dos limites do mandato, também não se aplicam à comissão, visto nesta o comitente não responder perante terceiros pelos atos realizados pelo comissário, que se obriga pessoalmente. Deve-se, assim, apesar do disposto no art. 709, ter cautela na aplicação das regras concernentes ao mandato, à comissão mercantil, levando-se em conta sobretudo a natureza desta.

229. Significados da palavra “comissão” – A palavra *comissão* tem vários significados. Assim, em primeiro lugar, chama-se de *comissão* o contrato em si, que rege o ajuste de vontades entre comitente e comissário para a realização, por parte deste, de negócios do interesse do outro.

Comissão também é denominada a remuneração a que faz jus o comissário pelos trabalhos realizados, referida nos arts. 689, 701, 702 e 703 do Código Civil.

Por último, segundo esclarecia Carvalho de Mendonça,⁴ comissão é, ainda, “o próprio comércio de comissão”.

230. Características – Contrato autônomo, se bem que bastante aproximado do mandato, a *comissão* possui características próprias que lhe dão posição definida entre os demais. A principal dessas características é o fato de, apesar de seguir instruções de terceiro, para o qual realiza transações, *agir o comissário em seu próprio nome*, dessa forma obrigando-se direta e pessoalmente para com as pessoas com quem contratar (Código Civil, art. 694).

Com essa característica, firma a comissão a sua autonomia, distinguindo-se dos demais contratos. Aproximada do mandato, dele diverge por agir o mandatário em nome do mandante, a esse obrigando, enquanto que o comissário age no seu próprio nome, obrigando-se pessoalmente. Diferencia-se, igualmente, do contrato de corretagem, por se caracterizar esse como uma intermediação entre o vendedor e comprador, obrando o corretor com a finalidade de fazer a aproximação de ambos, enquanto que o comissário, recebendo ordens do comitente, age e se obriga em seu próprio nome, como se na verdade fosse ele o comprador ou vendedor.

231. Classificação – O contrato de comissão é *bilateral*, criando obrigações tanto para o comitente como para o comissário; é *consensual*, porque se forma mediante o simples consentimento das partes; *oneroso*, pois requer do comitente uma contraprestação monetária pelos serviços prestados pelo comissário. Essa remuneração a que faz jus o comissário pelos serviços que presta, tradicionalmente, na prática, também recebe o nome de *comissão*. Assim, por *comissão* entende-se o contrato entre o comitente e o comissário e, na prática, a remuneração a que este tem direito pelos serviços prestados.

232. Remuneração do comissário – A remuneração do comissário pode ser convencionada entre esse e o comitente, ou não. Neste último caso, seu mon-

4 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 889, nota 2.

tante será arbitrado pelo uso do lugar onde o contrato é executado (Código Civil, art. 701).

Quando o negócio que lhe foi cometido é executado pelo comissário, este terá direito à comissão integral ou por inteiro; se, porém, antes de concluir a execução do contrato o comissário falecer ou não puder concluir o negócio por motivo de força maior, será devida pelo comitente uma remuneração proporcional aos trabalhos realizados (Código Civil, art. 702); se o comissário for despedido sem justa causa, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa (Código Civil, art. 705). No caso de despedida, necessário será, pois, que haja uma causa justificada para que o comitente exonere o comissário da incumbência que lhe deu. Se, sem causa justificada procedente de culpa do comissário, o comitente retira os poderes que lhe conferiu, não poderá a remuneração daquele implicar enriquecimento sem causa por parte do comitente (Código Civil, art. 884). O Código Comercial de 1850, no revogado art. 188, ao tratar da comissão mercantil, estipulava o seguinte:

“Art. 188. Quando porém o comitente retirar o mandato antes de concluído, sem causa justificada procedida de culpa do comissário, nunca poderá pagar-se menos de meia comissão, ainda que esta não seja a que exatamente corresponda aos trabalhos praticados.”

Por último, como acontece no mandato, o comissário tem o *direito de retenção* dos bens adquiridos para o comitente para, com o produto destes, pagar-se não só dos desembolsos feitos a fim de realizar o negócio como, igualmente, da sua remuneração, juros e demais despesas que, por acaso, já houver realizado (Código Civil, art. 708).

233. Forma e prova do contrato – Não requer a lei modos especiais para a formação e a prova do contrato de comissão. Em tais condições, pode ele ser provado por todos os meios permitidos em direito, segundo as regras do art. 212 e segs. do Código Civil.

Embora não seja da natureza da comissão a existência do mandato para que o comissário possa agir no interesse do comitente, e embora o comissário não seja obrigado a declarar ou mencionar o nome do comitente, deve, contudo, aquele realizar as negociações de acordo com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes (Código Civil, art. 695). Essas ordens e instruções podem ser dadas verbalmente ou por escrito. Comumente, com as determinações do comitente se mescla o seu desejo de formar o contrato, aperfeiçoando-se esse com a aceitação do comissário.

Pode, de tal modo, ser provado o contrato por testemunhas, ou por documentos, especialmente entre as partes contratantes. Pouco comum é a lavratura de escritura pública para a formação do contrato e sua prova. A verificação dos livros do comissário empresário pode servir de meio eficiente para provar o contrato de comissão.

234. Obrigações do comissário – Assume o comissário obrigações de várias ordens, ao firmar o contrato de comissão. Devendo agir no interesse do comitente, tem obrigações para com este; como, porém, contrata em seu próprio nome, assume obrigações pessoais para com os terceiros.

235. Obrigações do comissário em relação ao comitente

a) *Cumprir fielmente o contrato, segundo as ordens e instruções recebidas do comitente.* Se bem que o comissário *não represente* o comitente, contratando em seu próprio nome, age, contudo, no interesse dele, devendo, para tanto, cumprir fielmente as ordens e instruções recebidas. Não tendo, entretanto, recebido ordens e instruções do comitente, e na impossibilidade de as receber no tempo oportuno, ou se um fato imprevisto, não mencionado nas instruções, ocorrer, na execução do encargo, poderá realizar as operações necessárias para se desincumbir de sua tarefa, devendo, contudo, agir como agiria se se tratasse de negócio do seu próprio interesse, de acordo com os usos em casos semelhantes. De qualquer forma, *ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos (Código Civil, art. 695).*

Não constando das ordens e instruções recebidas pelo comissário a não concessão de prazos, presume-se a autorização para concedê-los de acordo com os costumes da praça onde o contrato se executa (Código Civil, art. 699). Contudo, fazendo tal concessão, deve comunicá-la imediatamente ao comitente, inclusive esclarecendo-o sobre o nome e domicílio dos compradores; se não fizer essa comunicação, as vendas realizadas são consideradas *à vista*, não sendo permitida prova em contrário, podendo o comitente exigir que o comissário pague incontinenti ou responda pelas consequências da dilação concedida (Código Civil, art. 700). Ademais, vencidos os prazos concedidos, cabe ao comissário fazer a cobrança das dívidas; se, por acaso, nessa cobrança se portar com omissão ou negligência culpável, responderá ao comitente por perdas e danos (Código Civil arts. 696, 699 e 700).

b) *Avisar o comitente dos danos sofridos pelas mercadorias sob sua guarda.* É o comissário responsável pela guarda e conservação dos bens do comitente, quer esses lhe tenham sido enviados pelo dito comitente, quer os tenha o comissário adquirido para o mesmo. Se, entretanto, enquanto os bens estiverem na posse do comissário, algum dano lhes acontecer, deve este, na primeira oportunidade, levar o fato ao conhecimento do comitente, devendo, igualmente, verificar, de acordo com a lei, a origem do dano, para os fins de direito. O mesmo deve ser feito quando, ao receber os bens do comitente, notar avarias, diminuição ou estado diverso do que constar dos conhecimentos, faturas, ou avisos de remessa. Se, por acaso, o comissário for omisso no cumprimento dessa obrigação, o comitente poderá dele exigir que responda pelas mercadorias, de acordo com o que estiver discriminado nos conhecimentos ou faturas. Ao comissário não caberá outra prova que não a de que praticou as diligências necessárias para a boa guarda e conservação das mercadorias.

Contudo, se as mercadorias recebidas pelo comissário sofrerem alterações que tornem urgente a sua venda para salvar parte do seu valor, este poderá vendê-las em hasta pública, por conta de quem pertencerem.

c) *Prestar contas ao comitente* – Por último, o comissário é obrigado a prestar contas ao comitente do encargo recebido. Se bem que não aja em nome do comitente e sim no seu próprio, o comissário realiza operações por conta e no interesse dele. Para tanto, recebe mercadorias ou muitas vezes dinheiro, cuja aplicação lhe compete fazer no interesse do comitente. Executado o contrato de comissão, necessita o comissário prestar contas ao comitente; se o comissário for empresário, tais contas deverão estar de acordo com os seus livros comerciais, uma vez que contratou em seu próprio nome. Se, por acaso, houver divergência entre as contas apresentadas e o que constar dos livros, poderá ter lugar a ação criminal por apropriação indébita ou furto.

236. Obrigações do comissário em relação aos terceiros – Em relação aos terceiros com quem contrata, o comissário responde pelas obrigações assumidas, já que contrata em seu próprio nome (Código Civil, art. 694). Nesse fato reside a diferença principal entre a comissão e o mandato. Enquanto neste o mandatário, contratando em nome do mandante, obriga a esse diretamente, na comissão, se bem que o comissário aja sob as ordens e por conta do comitente, assume responsabilidades pelas obrigações contraídas, não tendo, assim, os terceiros ação contra o comitente, nem estes contra aquele, a não ser que o comissário faça cessão dos seus direitos a uma das partes.

Deve-se, contudo, destacar que, apesar de contratar em seu próprio nome, o comissário não responde pela insolvência das pessoas com quem contrata, cabendo ao comitente correr esse risco), exceto em caso de culpa ou se constar do contrato de comissão a cláusula *del credere*; constando essa cláusula do contrato, o comissário terá direito à remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido (Código Civil, art. 697). Não responde, igualmente, pelos atos daquele a quem transferir os encargos da comissão, quando essa se refere ao transporte de mercadorias. O novo encarregado de cumprir as ordens do comitente é que ficará responsável pela sua execução. Aliás, como notam os escritores, com o estabelecimento do tráfego mútuo nas empresas de transportes ficou esclarecido que cada empresa se responsabiliza pelo transporte no trecho em que recebe a mercadoria, muito embora esse transportador não tenha contratado diretamente com o remetente.

237. Responsabilidades do comissário – Ao contratar a comissão, o comissário assume a obrigação de cumprir fielmente as ordens e instruções do comitente, segundo estatui o art. 695 do Código Civil. Afastando-se dessas instruções ou se, na execução do contrato, o comissário não seguir os usos do comércio, responderá ao comitente por perdas e danos decorrentes dos abusos praticados (Código Civil, art. 696, parágrafo único).

Essa regra não é, entretanto, absoluta, pois existem causas que justificam o afastamento do comissário das instruções emanadas do comitente. Assim, se do excesso da comissão resultar vantagem para o comitente, ou se o comissário pra-

tica o excesso porque a operação a realizar não admite demora ou pode resultar dano de sua expedição, justifica-se o excesso de poderes por parte do comissário, desde que esse aja de acordo com os usos (Código Civil, art. 695). Também é justificável o excesso quando, em boa-fé, se pode presumir que o comissário não teve a intenção de ultrapassar os limites das instruções recebidas ou, ainda, nos casos da gestão de negócios.

Em seguida, arrolam-se, a título de exemplo, outras hipóteses que justificam a responsabilização do comissário. Responde, ainda, o comissário:

a) pela boa guarda e conservação das mercadorias do comitente que detiver, quer tenham sido elas enviadas ao comissário para negociação ou embarque, quer tenham sido por ele adquiridas para os comitentes, quer, ainda, as mantenha em depósito. Figura o comissário, nesses casos, como depositário das mercadorias do comitente. Sua responsabilidade pela boa guarda e conservação só cessa se o dano causado às mercadorias provier de caso fortuito ou de força maior ou vício próprio da coisa.

b) por perdas e danos em virtude de omissão ou negligência culpável na cobrança do preço das mercadorias vendidas a prazo.

c) empregando em operações diversas daquelas a que foram destinadas as importâncias que lhe entregar o comitente, pelos juros relativos às mesmas importâncias, contando-se os juros do dia em que as importâncias foram recebidas; igualmente responde pelos prejuízos resultantes do não cumprimento das ordens do comitente, estando, ainda, se tais prejuízos foram provocados com dolo ou fraude, sujeito às ações criminais que couberem, bem como pelos juros decorrentes da mora na entrega dos fundos que pertencerem ao comitente;

d) pela perda ou extravio de dinheiro, metais preciosos e brilhantes de terceiros que se encontrem em seu poder, ainda que o dano provenha de caso fortuito ou de força maior, a não ser que prove que na sua guarda, empregou a devida diligência;

e) pelos prejuízos que causar ao comitente por ter feito uma negociação a preço e condições mais onerosas que as correntes, ao tempo da transação em que ele se verificou. Não o releva dessa responsabilidade o fato de haver o comissário feito negociações iguais por conta própria.

f) por último, se o comissário houver recebido ordem do comitente para fazer algum seguro, tendo, para isso, em mão, fornecidos pelo comitente, fundos suficientes para o pagamento do prêmio, responderá pelos prejuízos resultantes do não cumprimento da ordem recebida.

238. Direitos do comissário – Ao lado das obrigações e responsabilidades que assume, o comissário possui, naturalmente, *direitos*, que correspondem justamente às obrigações do comitente. O principal desses direitos é o de exigir uma remuneração pelo cumprimento dos encargos que lhe são conferidos. Essa remuneração recebe, na prática, o nome de *comissão* e pode ser ou não convencionada pelas partes. Se não houver convenção, será regulada na base do que, em casos

semelhantes, for estabelecido pelos usos correntes no lugar em que tem lugar a execução do contrato (Código Civil, art. 701).

Além desse direito, possui o comissário o de pedir ao comitente fundos necessários para a realização das negociações de que for incumbido. Tem, igualmente, o direito de reter as mercadorias pertencentes ao comitente para reembolsar-se das despesas feitas com os encargos que lhe foram atribuídos, quando o comitente não fornecer os fundos suficientes para tal. Ademais das despesas feitas pelo comissário, poderão os bens retidos servir também de garantia para o pagamento da sua remuneração (Código Civil, art. 708). E, no caso de falência ou insolvência do comitente, o crédito do comissário, relativo a comissões e despesas feitas, goza de privilégio geral (Código Civil, art. 707).

239. Obrigações, responsabilidades e direitos do comitente – Do mesmo modo que acontece com o comissário, o comitente possui, também, *obrigações, responsabilidades e direitos*. A principal das *obrigações* é pagar ao comissário a remuneração a que ele faz jus pelo desempenho dos encargos que lhe são cometidos. Essa remuneração, que, na prática, tem o nome, também, de *comissão*, em geral é convencionada entre as partes; não havendo convenção, seguir-se-á o que for usual na praça em que o contrato tiver de ser executado.

Igualmente, deve o comitente fornecer os fundos suficientes para que o comissário possa realizar as negociações de que foi incumbido, bem como indenizá-lo das despesas que foram feitas às suas expensas por adiantamento. Sobre o montante desses desembolsos feitos pelo comissário correm juros, que ao comitente cabe satisfazer.

No tocante às *responsabilidades*, avulta a de que correrão por conta do comitente os riscos ocorrentes na devolução de fundos em poder do comissário, devolução essa feita ao dito comitente. Assim, entretanto, deixará de acontecer se o comissário se desviar das instruções emanadas do comitente, ou se fizer a devolução por meios diversos dos comumente usados no lugar da remessa, ou, ainda, se o comissário nenhuma instrução a respeito receber do comitente.

Em referência aos *direitos*, competem ao comitente todas as exceções que o comissário pode opor, mas jamais poderá alegar a incapacidade deste, ainda mesmo que dita incapacidade possa ser comprovada, para anular os efeitos das obrigações assumidas pelo comissário; o comitente não poderá alegar a incapacidade do comissário porque, por força do disposto no art. 709 do Código Civil, são aplicáveis à comissão, no que couber, as regras sobre mandato; e o art. 666 dispõe que “o maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores”. Tem ainda o comitente o direito de exigir que o comissário responda pelos prejuízos sofridos em caso de omissão, por parte deste, em avisar ao comitente todas as vezes que, ao receber dele mercadorias, notar avarias, diminuição ou mudança de estado.

O comitente, entretanto, não responde perante terceiros, pelas obrigações assumidas pelo comissário, uma vez que, na comissão, este age em seu próprio

nome; pela mesma razão, não terão os terceiros ação contra o comitente a respeito dos contratos feitos a seu mando.

Finalmente, inexistindo disposição em contrário, pode o comitente, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário, entendendo-se por elas regidos também os negócios pendentes.

240. Comissão “del credere” – Pela regra geral, decorrente da própria natureza da comissão, o *comissário*, contratando em seu nome, mas a mando e no interesse de outrem, *não responde pela solvência das pessoas com quem fizer as negociações* cabendo esse risco ao comitente. Naturalmente, essa isenção de responsabilidade só ocorrerá se as pessoas com quem o comissário contratar eram reputadas idôneas ao tempo em que foi feita a negociação ou se o comissário não agiu com dolo ou fraude, no visível intuito de prejudicar o comitente.

Pode, entretanto, o comissário, por ato espontâneo, assumir a garantia da solvência das pessoas com quem contratar. Essa garantia decorrerá de um ajuste prévio entre comitente e comissário, ajuste esse que se realiza quando é firmado o contrato de comissão. Dá-se à convenção assim estipulada o nome de comissão *del credere*, sendo o *del credere* a responsabilidade assumida pelo comissário de responder pela solvência daquele com quem vier a contratar no interesse e por conta do comitente.

Sendo o *del credere* ajustado no momento em que é firmado o contrato de comissão, ignora-se quem será a pessoa com quem o comissário contratará, bem como a sua situação de solvabilidade. Na realidade, a comissão *del credere* diz respeito apenas, de modo direto, *ao comitente e ao comissário*. O terceiro, que contratará com este, não está incluído na relação jurídica existente entre aqueles, em nada, assim, interessando para a sua existência, que se forma antes de haver o terceiro contratado com o comissário.

Esse fato traz consequências interessantes em relação à natureza das negociações feitas pelo comissário com os terceiros. Uma delas é a relativa às negociações com *pagamento à vista*, nas quais, segundo alguns autores, não é admissível o *del credere*, visto como, sendo o pagamento feito pelo terceiro à vista, nada há que garantir quanto à sua solvabilidade. Haveria, no caso, como que um enriquecimento ilícito por parte do comissário, já que este cobra remuneração maior na comissão *del credere*, remuneração essa destinada a compensar o risco que assume pela solvência do terceiro contratante. E não havendo esse risco, já que os efeitos comprados pelo terceiro são pagos *à vista*, não se justificaria tal excesso de comissão.

Esse ponto de vista é rebatido, com sucesso, por Carvalho de Mendonça,⁵ que invoca o fato de ser a comissão *del credere* ajustada *antes de saber o comissário com quem e de que forma vai contratar*. Ademais, apesar de falar o Código que “se do contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente”,

5 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 925.

deve-se entender essa *solvabilidade não* apenas no sentido estrito do pagamento da obrigação, mas da sua execução. Assim sendo, o comissário *del credere* responde pela não execução do contrato por parte de terceiro, ainda mesmo que sua não execução se deva a caso fortuito ou de força maior. Apenas se libertam dessa responsabilidade os fatos que forem, por sua própria natureza, da responsabilidade estrita do comitente, tais como os vícios ocultos das mercadorias vencidas.⁶

Tem-se discutido bastante qual a natureza jurídica do *del credere*. Autores o conceituam como uma fiança assumida pelo comissário de solvabilidade de terceiro, outros como uma espécie de seguro, no qual o comissário assume a posição de segurador, recebendo como *prêmio* o valor da comissão e assumindo o risco da solvabilidade.

Valdemar Ferreira via no *del credere* uma fiança. Para tanto, invocava os revogados arts. 258 e 179 do Código Comercial brasileiro de 1850, que dispunham o seguinte: “toda a fiança comercial é solidária” (art. 258) e “a comissão *del credere* constitui o comissário garante solidário ao comitente da solvabilidade e pontualidade daqueles com quem tratar por conta deste”. Para Carvalho de Mendonça tinha a comissão *del credere* “o concurso de todos os extremos do seguro”, se bem que não se possa identificar exatamente como esse.⁷

Em edições anteriores desta obra, consignamos que Valdemar Ferreira estava com a razão, embora se pudessem encontrar na comissão *del credere* vários elementos do seguro, por ser a orientação que mais se aproximava do direito positivo então vigente, que dava à *del credere* a natureza da fiança.

Segundo o Código Civil brasileiro de 2002, o fiador pode ser solidário ou não solidário (art. 838, *caput*); pode obrigar-se como devedor solidário ou não solidário (art. 828, II). E o art. 698 dispõe que o comissário responderá solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, se do contrato de comissão constar a cláusula *del credere*; e que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito à remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.

Assim, na sistemática do Código Civil de 2002, passa a ser mais adequado o entendimento de Carvalho de Mendonça: tem a comissão *del credere* “o concurso de todos os extremos do seguro”, se bem que não se possa identificar exatamente como esse.⁸

A comissão *del credere* é bastante generalizada no comércio, sendo hoje comuníssima nas relações entre comitente e comissário. Mais que isso, a cláusula *del credere* passou a ser empregada não apenas nos negócios de comissão, mas em outras operações comerciais, inclusive no comércio internacional, que usa em larga escala o *del credere bancário*. Em tal caso, para facilitar negociações, um banco garante ao vendedor a solvência do comprador, para tanto cobrando, naturalmente, uma comissão.

6 *Id.*, *ibid.*, vol. VI, 2ª parte, nº 922.

7 *Id.*, *ibid.*, vol. VI, 2ª parte, nº 924, e nota 4 ao mesmo número.

8 *Id.*, *ibid.*, vol. VI, 2ª parte, nº 924, e nota 4 ao mesmo número.

Essas operações são hoje muito usuais, constituindo mesmo, um dos vários ramos dos negócios bancários (v. *infra*, nº 396).

241. A comissão e o contrato de expedição – Muitas vezes, o comissário se incumbiu de expedir mercadorias pertencentes ao comitente, agindo em seu próprio nome, mas por conta deste. O Código Comercial de 1850, no revogado art. 174, já havia disposto que:

“O comissário encarregado de fazer expedir uma carregação de mercadorias em ponto ou lugar diferente, por via de comissário que ele haja de nomear, não responde pelos atos deste, provando que lhe transmitiu fielmente as ordens do comitente, e que gozava de crédito entre comerciantes.”

Essa espécie particular de comissão foi regulada pelo Código Civil italiano de 1942 como um contrato especial, denominado *contrato de expedição* (Código Civil italiano, arts. 1.737 a 1.741). O Projeto de Código Comercial do Des. Florêncio de Abreu também o regulava como contrato especial, “modalidade do mandato semelhante à comissão”, nos arts. 872 a 877.

Define o art. 1.737 do Código Civil italiano o contrato de *expedição* como sendo “um mandato com o qual o expedidor assume a obrigação de concluir, *em nome próprio e por conta do mandante*, um contrato de transporte e de realizar as operações acessórias”. Baseado nessa noção o Projeto de Código Comercial do Des. Florêncio de Abreu dispunha que “no contrato de expedição, o comissário se obriga a concluir, em seu próprio nome e por conta do comitente, um contrato de transporte e bem assim a praticar todas as operações acessórias” (art. 872).

O Código Civil brasileiro de 2002 não trata da expedição como contrato nominado. Se bem que possuindo algumas características próprias, o contrato de expedição pode ser enquadrado entre as várias espécies de contratos de comissão, regulando-se pelas normas gerais desta. Não havendo, no Direito brasileiro, regras específicas sobre esse contrato, as referentes à comissão serão aplicadas ao contrato de expedição. Naturalmente, se o expedidor receber poderes do comitente para agir em nome deste e não no seu próprio, não teremos comissão e sim mandato.

242. A comissão e o contrato de representação ou de agência – Bastante difundida está, no comércio, a *representação*, conjunto de atividades em que o *representante*, agenciando negócios para o *representado*, pode agir também como mandatário ou como comissário. Uma mesma pessoa física ou jurídica pode exercer atividades dentro dessas diversas espécies, segundo as relações que mantenha com aquele para quem contrata.

Não será difícil distinguir as várias categorias dos atos e negócios praticados pelos representantes. Esses possuem um contrato com os representados mediante o qual se obrigam a, consoante remuneração, agenciar para os mesmos. Se desse contrato consta mandato do seu representado, é também mandatário e, desse modo, pratica atos em nome do mandante, a esse obrigando diretamente. Se, por outro lado, com o representando possui um contrato de comissão, agirá em seu próprio nome, obrigando-se diretamente segundo as regras que regulam a comissão.

Dentro das atividades empresariais, muito comum é que se encontrem empresas que, ao mesmo tempo, funcionem como mandatárias, comissárias ou agentes comerciais. Tais empresas, às vezes, dão-se o nome de *representantes comerciais*, às vezes, os nomes das *agências comerciais*. Os negócios relativos à venda em favor de outro, ou seja, o que, no Direito italiano, se chama de *contrato de agência* e no brasileiro de *representação*, diferem do mandato e da comissão, porque o *agente* é um mero intermediário, realizando negócios sem vínculo de subordinação hierárquica para a empresa tendo a sua remuneração baseada nas negociações feitas.

Há ainda a considerar que muitos estabelecimentos empresariais concedem comissão especial às pessoas que lhes trazem negócios, sem ter, contudo, com essas pessoas nenhum contrato. Nesse caso, os angariadores de negócios agem como simples encaminhadores de fregueses para o estabelecimento, fazendo jus, por isso, a uma remuneração. Não havendo, nesse caso, contrato entre os angariadores e o estabelecimento, não poderão aqueles intitular-se de representantes comerciais, muito embora assim o façam muitas vezes.

243. A comissão e o contrato de corretagem – O Código Civil de 2002 dispõe sobre o contrato de corretagem nos arts. 722 a 729. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas (art. 722). A privatividade dos corretores para a prática de determinados atos, a sua intermediação, agindo sempre no interesse de aproximar as partes, fazem com que o contrato de corretagem seja considerado um contrato autônomo, que não se confunde com a comissão. Essa, aliás, já era a orientação do Projeto de Código de Obrigações de 1965, que tratava da corretagem como um contrato típico (arts. 588 a 598), assim a definindo (art. 588): “Pela corretagem uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a obter para outra um ou mais negócios.”

244. A comissão e o contrato de leilão – O Código Civil de 2002 não trata do leilão como contrato típico. O art. 69 do Código Comercial de 1850 dispunha que:

“Os agentes de leilões, quando exercerem o seu ofício dentro das suas próprias casas de leilão ou fora delas, *não se achando presente o dono dos efeitos que houverem de ser vendidos*, são reputados todos verdadeiros consignatários, sujeitos às disposições do Título VII – *Da comissão*, arts. 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 181, 182, 185, 186, 187, 188 e 189.”

O Decreto nº 21.981, de 19.10.1932, que baixou o regulamento para a profissão de leiloeiro em todo o território da República, repetiu, no art. 22, o preceito do art. 69 do Código Comercial, acima transcrito, acrescentando que os leiloeiros serão reputados, verdadeiros *consignatários* ou *mandatários*. E o art. 40 do citado decreto esclarece a relação existente entre os leiloeiros e as pessoas que os incumbem de vender bens, em público pregão, ao declarar, *in principio*, que “o

contrato que se estabelece entre o leiloeiro e as pessoas ou autoridade judicial, que autorizar a sua intervenção ou efetuar a sua nomeação para realizar leilões, é de *mandato* ou *comissão*”.

De tudo, então, se conclui que os contratos existentes entre os leiloeiros e aqueles que lhes ordenam a venda em público pregão poderão ser *mandato* ou *comissão*. De *mandato* serão os contratos em que os proprietários de bens a serem vendidos se encontram *presentes* ao leilão: nesse caso o leiloeiro representa o dono dos bens, agindo em seu nome e a esse obrigando diretamente. Quando, entretanto, exercendo o leiloeiro seu ofício em sua casa ou fora dela, o *dono da coisa não se achar presente*, o contrato é de *comissão*, devendo, em tal caso, o leiloeiro cumprir fielmente as ordens e instruções emanadas do comitente.

Observe-se, entretanto, que o contrato de que aqui falamos é o que se forma entre o leiloeiro e o dono do bem a ser leiloado. Com os terceiros o contrato que o leiloeiro promove é sempre o de compra e venda, sendo o leilão apenas um modo especial de se formar o contrato, mediante a superposição de ofertas para a venda.

A Lei nº 4.021, de 20.09.1961, criou a profissão de leiloeiro rural, com a competência privativa de vender, em público pregão, estabelecimentos rurais, sementes, produtos agrícolas, veículos, máquinas, utensílios e outros bens pertencentes aos profissionais da agricultura (art. 4º). Segundo o art. 17, no que a Lei nº 4.021 for omissa, aplicam-se as normas comuns sobre a profissão de leiloeiro.

Capítulo Sexto
MÚTUO, FIANÇA, PENHOR E SEGURO



XXIII

MÚTUO EMPRESARIAL

245. Noção – Por *mútuo* compreende-se o contrato segundo o qual uma pessoa empresta a outra *coisas fungíveis*, com a obrigação de esta restituí-las ou coisas no mesmo gênero, quantidade e qualidade (Código Civil, art. 586). A pessoa que dá as coisas em empréstimo denomina-se *mutuante*, a que as recebe, com a obrigação de restituir, chama-se *mutuário*. Na atividade empresarial, geralmente, as coisas emprestadas consistem em dinheiro. E dada a onerosidade das operações nessa atividade, a pessoa que as recebe em empréstimo, isto é, o *mutuário*, assume, com a obrigação de devolver a importância recebida, a de pagar certa quantia relativa ao uso que faz da referida importância. A essa quantia dá-se o nome de *juro*.

246. Empréstimo, comodato e mútuo – O mútuo é uma das duas espécies de empréstimo, a outra sendo o *comodato*. Por *empréstimo* compreende-se o contrato segundo o qual, na definição de Carvalho de Mendonça, “uma das partes entrega certa coisa à outra parte, com a obrigação de esta restituí-la na sua integridade ou em coisa equivalente”, ou, como diz melhormente Valdemar Ferreira, “o contrato por via do qual se confia alguma coisa a alguém a fim de usar dela temporariamente, com a obrigação de restituí-la, ou outra equivalente, conforme seja a coisa fungível ou infungível”.¹ Depreende-se dessas definições que o empréstimo pode ter como objeto coisas *fungíveis*, isto é, coisas móveis, que podem substituir-se por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade (Código Civil, art. 85), e coisas *infungíveis*, que são justamente as que não podem ser substituídas por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade. Quando o empréstimo tem por objeto coisas fungíveis temos o *mútuo*; em se tratando de empréstimo de coisas infungíveis temos o *comodato*, que é, em essência, um empréstimo gratuito e real, já que, de acordo com o expressamente estatuído na lei, “perfaz-se com a tradição do objeto”. No mútuo há a transferência de propriedade da coisa do mutuante para o mutuário; já no comodato essa transferência de propriedade não se opera, apenas ficando o comodatário com o direito de *usar* da coisa, devendo, contudo, fazer a sua restituição ao comodante.

1 Valdemar Ferreira, *Instituições*, t. I, vol. 3, nº 850, p. 307.

247. Sistema legal – O Código Comercial de 1850 consagrava o Título XI, 1ª parte, ao “mútuo e juros mercantis”, dedicando ao assunto nada menos de nove artigos, no caso os arts. 247 a 255. Somente um desses, porém, o art. 247, conforme assinalado por Carvalho de Mendonça, referia-se ao mútuo; os demais – arts. 248 a 254 – giravam em torno dos juros. O art. 255 versava sobre descontos de letras de câmbio e de quaisquer títulos de crédito negociáveis, estipulando que estes se regulavam pelas convenções das partes.

O Código Civil de 1916, no Capítulo V do Título V do Livro III, estatua normas sobre o mútuo, encarando-o como uma das espécies do empréstimo. Dedicava-lhe também nove artigos – 1.256 a 1.264 –, apenas dois desses, os de nºs 1.262 e 1.263, se referindo aos juros.

O Código de 2002 regula o mútuo na Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), Título VI (Das Várias Espécies de Contrato), Capítulo VI (Do Empréstimo), Seção II (Do Mútuo), nos arts. 586 a 592.

Grande número de empréstimos empresariais são regulados por leis especiais. Assim, por exemplo, os contratos por *debêntures*, emitidas pelas sociedades anônimas (Lei nº 6.404, de 15.12.1976, arts. 52 a 74); os empréstimos a risco ou câmbio marítimo (Código Comercial de 1850, arts. 633 a 655) etc. As mais comuns espécies de mútuos, são, porém, os contratos bancários, largamente difundidos e de marcante significação nas atividades comerciais.

248. Classificação – O *mútuo ou empréstimo* é um contrato *real*, aperfeiçoando-se com a tradição da coisa mutuada. O Código Civil, no art. 586, estatui que “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante *o que dele recebeu*”, esclarecendo o art. 587 que “este empréstimo *transfere o domínio* da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela, *desde a tradição*”. Assim, para que o contrato de mútuo possa aperfeiçoar-se, necessário é que seja entregue ao mutuário a coisa emprestada, que passará à sua propriedade.²

Quanto aos seus efeitos, o mútuo é um contrato *unilateral*, já que, uma vez aperfeiçoado, gera obrigações apenas para uma das partes, no caso o mutuário. O citado art. 586 do Código Civil é claro a respeito, ao estipular que “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu, em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Sendo o contrato um acordo de vontades, naturalmente ao ser elaborado o mutuante assume o compromisso de emprestar a coisa e o mu-

2 O Projeto de Código de Obrigações de 1965 conceitua o mútuo como um contrato *consensual*, estatuinto, no art. 551:

“Pelo mútuo, uma das partes *obriga-se a transferir* a outra a propriedade de coisa fungível, restituindo o mutuário o que houver recebido, em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

Segundo se depreende desse artigo, o mútuo é, também, *bilateral*. Contudo, como se explica no texto, de acordo com o Código Civil em vigor, o mútuo é *real e unilateral*.

O Projeto de Código Civil de 1975, ao tratar do mútuo (arts. 595 a 601), considera-o um contrato *real e unilateral*, conceituando-o do mesmo modo que o Código Civil, cujos arts. 1.256 e 1.257 são repetidos nos arts. 595 e 596 do Projeto.

tuário de recebê-la. Aperfeiçoado, porém, com a entrega da coisa pelo mutuante, nenhuma obrigação nasce para este. O mutuário, entretanto, se obriga a restituir a coisa, donde classificar-se o contrato quanto aos seus efeitos, como *unilateral*.

Havendo juros estipulados, fica o mutuário obrigado, também, a pagá-los. Dado o caráter especulativo das operações empresariais, no mútuo a elas vinculado há sempre fluência de juros (Código Civil, art. 591). E, assim, será um contrato *oneroso*, enquanto os demais serão, em regra, gratuitos.

249. Elementos do contrato – Sendo o mútuo *real* e *unilateral*, constituem elementos do contrato a transferência pelo mutuante do domínio da coisa emprestada ao mutuário e a obrigação deste de devolver o recebido em coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

a) Transferência do domínio

O primeiro elemento do mútuo, essencial à formação do contrato, é a transferência do domínio da coisa mutuada, que dá individualidade ao contrato. Por ele se distingue o mútuo do *comodato*, em que o comodante continua a ser o proprietário da coisa, ficando apenas o uso desta ao comodatário. No mútuo, uma vez entregue a coisa, o mutuário passa a ser proprietário desta e por tal razão, desde o momento da tradição, correrão por sua conta os riscos da coisa (Código Civil, art. 587).

Poderá, assim, o mutuário dispor da coisa emprestada como seu verdadeiro proprietário, não cabendo ao mutuante direito algum sobre ela. Há, desse modo, no mútuo, um caso de *alienação*, com a transferência da propriedade da coisa para o mutuário.³

b) Obrigação de restituição

Segundo elemento necessário à existência do contrato de mútuo é a obrigação, assumida pelo mutuário, de devolver ao mutuante o recebido, em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade (Código Civil, art. 586).

Não tem o mutuário a obrigação de devolver as *mesmas coisas recebidas*, mas apenas coisas *do mesmo gênero, quantidade e qualidade*. Assim, se o mútuo foi de dinheiro, caso mais comum neste contrato, não será o mutuário obrigado a devolver as mesmas moedas recebidas, mas apenas importância correspondente à que lhe foi emprestada. Se o mútuo foi de mercadorias, por exemplo, 100 caixas de sabão de 1ª qualidade, marca “Brasil”, não devolverá o mutuário *as mesmas* caixas recebidas, mas caixas de sabão da mesma marca, na mesma quantidade e da mesma qualidade.

Devendo a restituição se fazer em coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade, não influi no contrato o valor que tinham ao ser entregues ao mutuário e ao ser devolvidas. Pode haver oscilação do valor, mas isso não afeta a obrigação de restituir. O Código Civil de 1916, atento a uma realidade do seu tempo,

3 Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 944.

dispunha que, no caso especial do mútuo em moedas de ouro e prata, podiam as partes convencionar que o pagamento se efetuasse nas mesmas espécies e quantidades, qualquer que fosse posteriormente a oscilação dos seus valores. (Código Civil de 1916, art. 1.258).

250. Prazo – A existência do contrato de mútuo sempre fica subordinada à vigência de um prazo. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros (Código Civil, art. 591). Devendo o mutuário beneficiar-se com a propriedade da coisa emprestada e o mutuante auferir os juros convencionados, necessária é a existência de um período entre o ato de entrega da coisa e o da restituição, para que ambas as partes possam usufruir as vantagens do contrato.

Cabe às partes estipular o prazo, sendo, em geral, calculados os juros proporcionalmente a este. Às vezes, porém, assim não acontece, deixando os contratantes de regular o assunto.

Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: I – até a próxima colheita, se for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para sementeira; II – de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; III – do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível (Código Civil, art. 592). Decorrido o prazo, o mutuante ou credor tem o direito de pedir a devolução da coisa.

251. Forma e prova do contrato – Nenhum dispositivo legal existe para a forma e prova de contrato de mútuo. Tratando-se de contrato *real*, necessário será que o mutuante transfira a coisa ao mutuário, que dela passará a dispor como seu proprietário. Em casos especiais são adotados instrumentos apropriados para provar o contrato. É o que se verifica com os empréstimos contraídos pelas sociedades anônimas ou em comandita por ações, mediante a emissão de *debêntures*, quando as sociedades deverão lançar títulos que obrigatoriamente conterão a denominação, sede, prazo de duração e objeto da companhia; a data de sua constituição e da publicação e arquivamento dos atos constitutivos; a data da publicação da ata da assembleia geral que deliberou sobre a emissão das debêntures; a data e ofício do registro de imóveis em que foi inscrita a emissão; a denominação *debênture* e a indicação de sua espécie, pelas palavras *com garantia real*, *com garantia flutuante*, *sem preferência* ou *subordinada*; a designação da emissão e da série; o número de ordem; o valor nominal e a cláusula de correção monetária, se houver, as condições de vencimento, amortização, resgate, juros, participação no lucro ou prêmio de reembolso, e a época em que serão devidos; as condições de conversibilidade em ações, se for o caso; o nome do debenturista; o nome do agente fiduciário dos debenturistas, se houver; a data da emissão do certificado e a assinatura de dois diretores da companhia; a autenticação do agente fiduciário, se for o caso (Lei nº 6.404/76, art. 64).

Não havendo dispositivos legais específicos sobre a forma dos contratos de mútuo, estes poderão ser provados por qualquer dos meios mencionados no art. 212 do Código Civil.

252. Juros – Nos contratos de mútuo, em geral, não é obrigatória a estipulação de juros. A lei deixa às partes o direito de convencionar a respeito, estabelecendo, contudo, limites para a cobrança dos juros, a fim de evitar excessos capazes de prejudicar o desenvolvimento do contrato.

O *mútuo* destinado a fins econômicos, entretanto, fazendo-se quase que exclusivamente tendo por objeto o dinheiro, requer uma remuneração do capital emprestado, dada a sua onerosidade. Assim, sendo destinado a fins econômicos, o mútuo ou empréstimo exige uma remuneração do capital, cabendo às partes contratantes – mutuante ou credor e mutuário ou devedor – fixar a base e a forma de pagamento dos juros.

O art. 248 do Código Comercial de 1850 estatuiu ser permitida a cobrança dos juros, *ainda que não estipulados*, desde o tempo do desembolso, em todos os casos permitidos pelo Código ou em que este os mandava contar. Segundo o Código Civil de 2002, destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros (Código Civil, art. 591).

Deve-se compreender, portanto, que, dado o caráter especulativo das operações econômicas e empresariais, sempre visa o mutuante à cobrança de juros. E, sendo assim, pode-se dizer que há como que um assentimento tácito entre mutuante e mutuário sobre o pagamento de juros nos empréstimos mercantis, cabendo às partes, em geral, fixar apenas a sua taxa, entendendo-se que, se nada foi convencionado nesse sentido, a taxa devida será a legal, fixada com o parâmetro estabelecido no art. 406 do Código Civil (“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”).

Juros da mora são os que se contam depois do vencimento da obrigação, pelo seu inadimplemento; são cobrados para compensar a demora no cumprimento da obrigação. Não se confundem, assim, com os juros relativos ao uso do capital que foi emprestado. Estes são contados sempre a partir do desembolso das importâncias emprestadas e têm, naturalmente, o seu termo na data do pagamento, isto é, no dia estabelecido para a restituição da importância emprestada, que é, portanto, o termo do prazo convencionado.

Em se tratando de mútuo não destinado a fins econômicos, e não havendo as partes estipulado o pagamento de juros, nem, nos casos específicos, os permitindo ou mandando contar o Código Civil, o mutuante não terá direito à remuneração do capital emprestado, ficando, apenas, com o direito de perceber juros pela *demora do pagamento*, vale dizer, pelo não pagamento da obrigação no dia do vencimento.

A taxa legal fixada pelo Código Civil para os juros *moratórios*, isto é, os juros devidos pela demora do pagamento, é fixada no art. 406 do Código Civil:

“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.”

Contudo, quanto à taxa dos juros moratórios, especificamente, ainda grassa, na doutrina e na jurisprudência, intensa controvérsia, a desafiar a manifestação das Cortes Superiores.

O Decreto nº 22.626, de 07.04.1933, conhecido por “Lei da Usura”, determina (art. 1º) que a taxa de juros poderá ser estipulada, nos contratos, até o duplo da taxa legal, sendo punidos aqueles que fixarem juros em taxas superiores a esse limite, considerando-se delito de usura toda simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa de juros, cominando-se aos infratores as penas de prisão de seis meses a um ano e multa pecuniária, penas essas que serão elevadas ao dobro no caso de reincidência (art. 13).

Embora o Código Civil de 2002 não tenha revogado expressamente a “Lei da Usura”, uma corrente defende que ela teria sido tacitamente ab-rogada (revogação total); outra, que ela teria sido derogada (revogação parcial), mantendo-se as suas normas no tocante à taxa dos juros moratórios.

O pagamento dos juros poderá ser feito, antecipadamente, em prestações, ou no vencimento da obrigação. Acumulando-se juros vencidos, o pagamento de qualquer importância por conta do empréstimo imputa-se, primeiro, nos juros vencidos, só o saldo sendo levado à amortização do capital, segundo a regra do art. 354 do Código Civil.

O Brasil sempre repudiou a cobrança de juros sobre juros, ou seja, o *anatocismo* (Código Comercial de 1850, art. 253); Lei da Usura (art. 4º); e Súmula nº 121, do Supremo Tribunal Federal.⁴ Entretanto, não se incluía na proibição a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. O Código Civil de 2002 admite a capitalização anual de juros, nos contratos de mútuo (art. 591) e prevê a prescrição, em três anos, para haver juros pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela (art. 206, § 3º, III).

Podem, pois, as partes convencionar que os juros vencidos e não pagos sejam capitalizados, passando a ser cobrados juros a partir da capitalização, pois, no caso, o que realmente se verifica é o aumento do montante do capital emprestado com a importância dos juros vencidos.

Dando o mutuante quitação, sem reserva de juros, do capital, presume-se que os juros foram pagos, ficando o devedor exonerado totalmente (Código Civil, art. 323).

O Código Civil de 2002 não reproduziu os arts. 250 e 251 do Código Comercial de 1850, segundo os quais “o credor que passa recibos ou dá quitação de juros menores dos estipulados não pode exigir a diferença relativa ao vencimento passado; todavia, os juros futuros não se julgam por esse fato reduzidos a menos dos estipulados”; e “o devedor que paga juros não estipulados não pode repeti-los, salvo excedendo a taxa da lei; e neste caso só pode repetir o excesso, ou imputá-lo no capital”.

4 “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”

EMPRÉSTIMOS CONTRAÍDOS MEDIANTE EMISSÃO DE DEBÊNTURES

253. Empréstimos contraídos pelas sociedades por ações – O Decreto nº 177-A, de 15.09.1893, regulou os empréstimos contraídos pelas sociedades anônimas mediante a emissão de *obrigações ao portador*, também chamadas de *debêntures*. Os dispositivos desse decreto perduraram por longos anos, com ligeiras modificações introduzidas pelo Dec.-Lei nº 781, de 12.10.1938, que instituiu a comunhão de interesses entre portadores de *debêntures* da mesma categoria, e por algumas leis esparsas, permitindo empréstimos por meio de *debêntures* para certas espécies de sociedades. Em 1965, com a Lei nº 4.728, de 14 de julho – lei que regula o Mercado de Capitais –, tivemos modificação mais séria no tocante às *debêntures*, sendo admitidas *obrigações ao portador* e também *endossáveis*. Requisitos especiais foram exigidos para as *obrigações endossáveis*. Em face dessas modificações, não se podia mais falar, genericamente, em *obrigações ao portador*, mas simplesmente em *obrigações*.

A atual lei das sociedades por ações, nº 6.404, de 15.12.1976, revogando as leis anteriores, passou a regular as *obrigações*, a que deu o nome exclusivo de *debêntures*. Essa regulamentação de tais títulos na lei sobre as sociedades por ações é a mais lógica, pois só essas sociedades podem contrair empréstimos com a emissão de *debêntures*. A lei, que trata do assunto nos arts. 52 a 74, renovou bastante o instituto, dotando-o de preceitos modernos, muitos dos quais desconhecidos do Direito brasileiro.

Os empréstimos contraídos pelas sociedades, mediante a emissão de *debêntures*, são uma modalidade especial do contrato de mútuo, operando-se através de apelo ao público. As sociedades figuram como mutuárias, oferecendo aos que desejam emprestar-lhes dinheiro, vale dizer, aos mutuantes, um título representativo da parcela, tendo esse o nome de *debênture*. O título tem as características de título de crédito e pode, uma vez emitido, circular livremente, segundo a forma adotada. As *debêntures* conferem, aos seus titulares, um direito de crédito contra a sociedade. São elas emitidas de acordo com a deliberação da assembleia geral e pode a sociedade fazer mais de uma emissão; cada emissão pode ser dividida em *séries*, sendo que as *debêntures* de uma mesma série terão idêntico valor nominal e conferirão aos seus titulares os mesmos direitos.

O valor nominal deve ser expresso em moeda nacional, salvo nos casos em que a *debênture*, nos termos da legislação em vigor, possa ter o seu pagamento estipulado em moeda estrangeira. Além do mais, podem as *debêntures* trazer a cláusula de correção monetária, nos mesmos coeficientes fixados para a correção dos títulos da dívida pública ou com base na variação da taxa cambial (Lei nº 6.404, de 15.12.1976, arts. 53 e 54).

Para a emissão das *debêntures* deve ser feita uma “escritura de emissão”, da qual constarão os direitos conferidos pelas *debêntures*, suas garantias e demais cláusulas ou condições. Essa escritura tem por base o que foi deliberado pela assembleia geral, à qual cabe fixar não só o valor da emissão como todas as características do empréstimo (arts. 59 e 61).

Somente as *sociedades por ações* poderão contrair empréstimos com a emissão de *debêntures*. A lei fixa o limite desses empréstimos, que deverão ser observados, a não ser que lei especial disponha em contrário (Lei nº 6.404, de 1976, art. 60).

O principal direito dos debenturistas é a percepção de *juros* por parte da sociedade, podendo esses ser fixos ou variáveis; mas podem os debenturistas também ter participação no lucro da companhia emissora ou gozar de prêmio de reembolso, se assim estiver estipulado na escritura de emissão.

Afora esses direitos patrimoniais, as *debêntures* também podem ser conversíveis em ações; para tanto, a escritura de emissão especificará as bases da conversibilidade (Lei nº 6.404, de 1976, art. 57).

254. Constituição do empréstimo – Pela lei anterior, para que as sociedades anônimas pudessem contrair empréstimos mediante a emissão de *debêntures*, era necessária a autorização de acionistas representando, pelo menos, metade do capital social, em assembleia geral a que estivessem presentes acionistas representando pelo menos três quartos do capital social; a atual Lei das Sociedades Anônimas aboliu esse *quorum* especial, podendo, assim, a assembleia geral reunir-se e deliberar por *maioria simples*, ou seja, com votos representando a maioria do capital presente à reunião que, para instalar-se, basta contar com acionistas, representando *um quarto* do capital social. Essa assembleia geral fixará, observado o que a respeito dispuser o estatuto, o valor da emissão ou os critérios de determinação do seu limite e a sua divisão em séries, se for o caso; o número e o valor nominal das *debêntures*; as garantias reais ou a garantia flutuante, se houver; as condições de correção monetária, se houver; a conversibilidade ou não em ações e as condições a serem observadas na conversão; a época e as condições de vencimento, amortização ou resgate; a época e as condições do pagamento dos juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, se houver; e o modo de subscrição ou colocação, bem como o tipo das *debêntures* (Lei nº 6.404, de 1976, art. 59).

Antes de serem lançadas as *debêntures*, deverá ser feita uma *escritura de emissão*, da qual constem os direitos conferidos pelas *debêntures*, suas garantias e demais cláusulas ou condições. Essa escritura de emissão, por instrumento público ou particular, terá, obrigatoriamente, a intervenção do *agente fiduciário dos debenturistas*, no caso de serem as *debêntures* destinadas à distribuição ou negociação no mercado (Lei nº 6.404, de 1976, art. 61, § 1º).

Antes de ser feita a emissão de *debêntures*, deverão ser satisfeitos os seguintes requisitos: *a*) o arquivamento, no registro do comércio, e publicação da ata da assembleia geral que deliberou sobre a emissão; *b*) a inscrição da escritura de emissão no registro de imóveis do lugar da sede da companhia; *c*) a constituição das garantias reais, se for o caso (Lei nº 6.404, de 1976, art. 62).

255. Valor dos empréstimos, exceções – Os empréstimos serão contraídos mediante a emissão de *debêntures*, podendo haver mais de uma emissão e cada emissão ser dividida em *séries*. Os tipos das *debêntures* serão uniformes para cada série, não podendo ser feita a emissão de uma série nova antes de subscrita e reali-

zada a anterior. As vantagens dos debenturistas poderão variar de série para série. A prioridade entre as séries é dada pela ordem de inscrição.

Em regra geral, o valor total do empréstimo contraído por uma sociedade, mediante a emissão de *debêntures*, não ultrapassará o valor do capital constante dos estatutos. Essa norma, contudo, admite exceções, devendo estas, porém, ser taxativamente mencionadas em lei. Assim, poderão contrair empréstimos superiores ao valor do seu capital as associações de crédito hipotecário, as associações de estradas de ferro, navegação, colonização e mineração e as que segurarem o excesso mediante títulos de dívida da União, dos Estados e das Municipalidades cujo vencimento coincida com o das *debêntures*, depositando-se estas no Tesouro ou nas repartições federais de Fazenda, nos Estados, até a sua remissão (Decreto nº 177-A, de 1893, art. 1º, § 4º). Essas exceções, constantes do decreto que regulou os empréstimos mediante a emissão de *obrigações ao portador*, e ainda hoje em vigor, foram ampliadas por leis posteriores. O Decreto nº 2.080, de 07.01.1909, dispôs que também podem contrair empréstimos emitindo *debêntures* num valor total superior ao capital social as associações de crédito agrícola ou de crédito hipotecário e agrícola; o Decreto nº 5.466, de 09.02.1928, estendeu o mesmo favor às sociedades que exploram a navegação marítima, fluvial e aérea, às de viação urbana e de intercomunicações telefônicas urbanas e interurbanas e as de construção e exploração de portos; o Decreto-Lei nº 1.392, de 29.06.1939, fez o mesmo com as sociedades anônimas concessionárias de serviços públicos, de águas, saneamento e energia elétrica; e o Dec.-Lei nº 7.390, de 16.03.1945, às sociedades que exploram a indústria frigorífica e tenham instalações apropriadas para a exportação de carnes e derivados, manufaturados ou não, sendo que a emissão de *debêntures*, nestas últimas, pode ser até o valor dos bens constituídos do respectivo patrimônio.

A própria lei atual das sociedades anônimas estabelece que o valor do empréstimo pode ultrapassar o capital da companhia, tendo em vista as garantias oferecidas; em se tratando de *debêntures* com garantia *real*, o limite superior ao capital pode alcançar 80% do valor dos bens gravados; no caso de garantia *flutuante*, o limite legal pode ser ultrapassado até 70% do valor contábil do ativo da companhia, diminuído do montante de suas dívidas garantidas por direitos reais; além disso, a Comissão de Valores Mobiliários poderá fixar outros limites para emissões de *debêntures* negociadas em bolsa ou no balcão, a serem distribuídas no mercado (Lei nº 6.404, de 1976, art. 60).

256. Títulos representativos do empréstimo – Como acima foi assinalado, caracterizam-se esses empréstimos contraídos pelas sociedades anônimas pela emissão, por sua parte, de títulos representativos das importâncias mutuadas, denominados *debêntures*. Esses são títulos formais, devendo conter determinados requisitos, sem o que poderão as emissões ser nulas. Tais são os requisitos que dos títulos das *debêntures* constarão obrigatoriamente: I – a denominação, sede, prazo de duração e objeto da companhia; II – a data da constituição da companhia e do arquivamento e publicação dos seus atos constitutivos; III – a data da publicação da ata da assembleia-geral que deliberou sobre a emissão; IV – a data e ofício do

registro de imóveis em que foi inscrita a emissão; V – a denominação “Debênture” e a indicação da sua espécie, pelas palavras “com garantia real”, “com garantia fluante”, “sem preferência” ou “subordinada”; VI – a designação da emissão e da série; VII – o número de ordem; VIII – o valor nominal e a cláusula de correção monetária, se houver, as condições de vencimento, amortização, resgate, juros, participação no lucro ou prêmio de reembolso, e a época em que serão devidos; IX – as condições de conversibilidade em ações, se for o caso; X – o nome do debenturista; XI – o nome do agente fiduciário dos debenturistas, se houver; XII – a data da emissão do certificado e a assinatura de dois diretores da companhia; XIII – a autenticação do agente fiduciário, se for o caso (Lei nº 6.404, de 1976, art. 64).

A companhia pode emitir títulos múltiplos de *debêntures* e, em caráter provisório, cautelas que as representem (Lei nº 6.404, de 1976, art. 65).

257. Garantias – A atual lei das sociedades por ações, incorporando as regras legais sobre as *debêntures*, inovou no que diz respeito às garantias oferecidas pela sociedade para a segurança dos seus credores. Enquanto que, pela legislação anterior, a garantia dos empréstimos com a emissão de *debêntures* era dada, em princípio, pelo ativo da sociedade, podendo, entretanto, ser constituídos direitos reais para maior segurança dos credores, a atual lei das sociedades anônimas regula outras modalidades de garantias, fazendo com que as *debêntures* constituam espécies diversas com fundamento em tais garantias.

Assim, pela lei atual, conforme dispuser a escritura de emissão, as *debêntures* poderão ter *garantia real* ou *garantia fluante*, ou podem não gozar de preferência especial ou, finalmente, ser subordinadas aos demais credores da companhia (art. 58). Quatro são, assim, as espécies de *debêntures*, segundo as garantias oferecidas aos credores:

a) *debêntures com garantia real*. Em tal caso serão especificados os bens garantidores do empréstimo, ficando esses bens ligados ao cumprimento do contrato, do qual só se liberarão quando a dívida for paga;

b) *debêntures com garantia fluante*. Nessa hipótese, serve de garantia do empréstimo o *ativo da sociedade*, constituído de todos os bens possuídos pela mesma, ressalvados, naturalmente, aqueles bens que estão gravados de garantia real. Apesar de o ativo social servir de garantia aos debenturistas, não fica a sociedade privada de dispor desses bens, enquanto perdurar o empréstimo; os debenturistas serão, de fato, garantidos pelo ativo existente no momento em que houver necessidade de executar a companhia;

c) *debêntures sem preferência*. Nessa modalidade, os debenturistas não gozarão de nenhuma preferência especial sobre os bens da sociedade, tornando-se meros credores quirografários, em igualdade, portanto, com os credores comuns da sociedade;

d) *debêntures subordinadas*. Essas são *debêntures* em que há *subordinação dos debenturistas* aos próprios credores quirografários. Assim, os portadores desses títulos *terão direito apenas de participar do acervo da sociedade*, depois de liquidadas todas as dívidas dessa. Somente receberão os seus créditos antes dos

acionistas receberem sua parte do acervo, no processo de liquidação do patrimônio da sociedade.

258. Agente fiduciário dos debenturistas – Pela lei anterior, os empréstimos mediante a emissão de *debêntures* poderiam criar, entre os portadores das obrigações, uma comunhão de interesses que lhes permita a nomeação, temporária, de representantes que defendiam os interesses da coletividade perante a companhia. Regulava a comunhão de interesses entre debenturistas o Decreto nº 781, de 12.10.1938.

A atual lei das sociedades por ações, substituindo o representante da comunhão dos debenturistas, criou a figura do *agente fiduciário dos debenturistas*, regulando suas atividades nos arts. 66 a 70. É esse agente fiduciário um representante legal dos debenturistas, obrigatório quando as *debêntures* se destinam à distribuição ou negociação no mercado. Será ele nomeado e aceitará a função na própria escritura de emissão, limitando a lei a nomeação apenas a pessoas naturais que satisfaçam os requisitos para o exercício de cargo em órgão de administração da companhia e as instituições financeiras, especialmente autorizadas pelo Banco Central, que tenham por objeto a administração ou a custódia de bens de terceiros. Não podem, contudo, ser agentes fiduciários as pessoas que já exercem essa função em outra emissão da mesma companhia; a instituição financeira coligada à companhia emissora ou à entidade que subscreva a emissão para distribuí-la no mercado e qualquer sociedade por elas controlada; o credor, por qualquer título, da sociedade emissora, ou de sociedade por ela controlada; a instituição financeira cujos administradores tenham interesse na companhia emissora e a pessoa que, de qualquer outro modo, se coloque em situação de conflito de interesses pelo exercício da função (art. 66).

As condições de substituição e remuneração dos agentes fiduciários serão estabelecidas pela escritura de emissão, observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. Representando o agente fiduciário, a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora, são seus deveres:

a) proteger os direitos e interesses dos debenturistas, empregando no exercício da função o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios bens;

b) elaborar relatório e colocá-lo anualmente à disposição dos debenturistas, dentro de quatro meses do encerramento do exercício social da companhia, informando os fatos relevantes ocorridos durante o exercício, relativos à execução das obrigações assumidas pela companhia, aos bens garantidores das *debêntures* e à constituição e aplicação do fundo de amortização, se houver; do relatório constará, ainda, declaração do agente sobre sua aptidão para continuar no exercício da função;

c) notificar os debenturistas, no prazo máximo de 90 dias, qualquer inadimplemento, pela companhia, de obrigações assumidas na escritura de emissão (art. 68, § 1º).

Responde o agente fiduciário, perante os debenturistas, pelos prejuízos que lhes causar, por culpa ou dolo, no exercício de suas funções, sendo reputadas não escritas as cláusulas da escritura de emissão que restringirem os seus deveres, atribuições e responsabilidades (art. 68, §§ 4º e 6º).

Pode, ainda, a escritura de emissão estabelecer outras funções para os agentes fiduciários, inclusive a de autenticar os certificados emitidos pela sociedade; e a substituição dos bens dados em garantia pela sociedade, quando autorizada pela escritura de emissão, só se pode realizar mediante a sua concordância.

XXIV

FIANÇA

259. Noção – Denomina-se *fiança* o contrato segundo o qual uma pessoa se obriga, perante um credor, a satisfazer a obrigação do devedor caso este não a cumpra. A pessoa que assume tal obrigação tem o nome de *fiador*; aquela a quem o *fiador* garante é o *afiançado*. Sendo a fiança um contrato acessório, o *afiançado* é o devedor principal. Logicamente, para que exista o contrato de fiança é necessária a existência de uma relação de débito e crédito entre o *afiançado* e o credor, visando a fiança justamente a dar maior garantia ao credor quanto ao cumprimento da obrigação por parte do devedor. Por essa razão a fiança é um *contrato de garantia*, como o penhor, a anticrese e a hipoteca. Estes são contratos de *garantia real*, enquanto que a fiança é contrato de *garantia pessoal*.

260. Sistema legal anterior ao Código Civil de 2002 – O Código Comercial de 1850, no Título XII, 1ª Parte, regulava as *fianças e cartas de crédito e abono*, destinando o Capítulo I, arts. 256 a 263, às *fianças*, e o Capítulo II, art. 264, às *cartas de crédito*. Instituto dos mais antigos, tendo sido, já, regulado pelo Direito Romano (*Digesto*, Título I, Livro 46; *Institutas*, Título 20, Livro 3º), sofreu a fiança várias modificações no decorrer dos anos. Os oito artigos que lhe dedicava o Código Comercial continham dispositivos básicos para a compensação da fiança mercantil. O Código Comercial tratava da caracterização da fiança comercial (art. 256), da prova, extensão e interpretação (art. 257), da solidariedade (art. 258), da retribuição (art. 259), da sub-rogação, direitos e ações (art. 260), da execução (art. 261), da extinção (arts. 262 e 263). Os dispositivos do Código Civil de 1916 eram subsidiários do Código Comercial de 1850, e podiam ser aplicados à fiança comercial naquilo em que não houvesse dispositivo expresso na lei mercantil.

260-A. Sistema legal do Código Civil de 2002 – O Código Civil de 2002 trata da fiança na Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), Título VI (Das Várias Espécies de Contrato), Capítulo XVIII (Da Fiança), arts. 818 a 839. O capítulo XVIII divide-se em três seções: Seção I (Disposições Gerais); Seção II (Dos Efeitos da Fiança); e Seção III (Da Extinção da Fiança). Na seção I, que encerra as disposições gerais, os arts. 818 a 826 dispõem o seguinte:

“Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

Art. 821. As dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor.

Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.

Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.

Art. 825. Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.

Art. 826. Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído.”

261. Espécies de fiança – A fiança poderá ser *legal*, *judicial* ou *convencional*. Diz-se *legal* a fiança que decorre de princípio de lei, tal como acontece, por exemplo, com aquela que o comprador deve prestar quando, caindo o comprador em insolvência antes da do recebimento da coisa comprada, deseja assegurar a sua entrega pelo devedor, para tanto, pela fiança, garantindo o pagamento no tempo ajustado (Código Civil, art. 495). Vejam-se também, a propósito, os arts. 644, parágrafo único, 1.280, 1.400 e 1.401, do Código Civil). *Judicial*, a ordenada pelo juiz no curso do processo, como, por exemplo, no caso previsto no art. 835 do Código de Processo Civil, segundo o qual, a requerimento do réu, o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do país ou dele se ausentar durante a lide, não possuindo bens imóveis, deve prestar caução suficiente para assegurar o pagamento das custas. Note-se que o Código de Processo Civil trata especificamente da caução nos arts. 826 a 838, e dispõe que ela pode ser real ou fidejussória e consistir em fiança (art. 827). Por último *convencional* é a fiança decorrente do acordo recíproco das partes, regulada pelo Código Civil (arts. 818 a 839), verdadeiro contrato e, como tal, sujeito às normas relativas aos contratos em geral.

262. Caução, fiança, aval e abono – Muitas vezes encontramos, na doutrina, na jurisprudência e na legislação, os termos *fiança* e *caução* empregados como se fossem sinônimos. Na realidade, tal não acontece. *Caução* é o gênero, sendo a *fiança* uma das suas espécies. Por *caução* entende-se a garantia, pessoal ou real,

que alguém dá a outrem para se prevenir de iminente, provável ou possível lesão, dano ou prejuízo, que “seja de recear nos seus direitos”, no dizer do Visconde de Cairu.¹ Sendo, assim, garantia genérica, pode tomar várias formas, tais como a caução pignoratícia e a hipotecária, em que o cumprimento da obrigação é assegurado por uma coisa, móvel ou imóvel, dando-se, por isso, a essas espécies de caução a denominação de caução *real*. Também pode a garantia do cumprimento da obrigação ser meramente pessoal, como acontece com a fiança; a essa espécie se denomina *caução fidejussória*.

Em tais condições, se bem que toda fiança pertença ao gênero *caução*, nem toda caução é fiança. Muitas vezes a lei faz confusão entre os dois termos, mas cumpre distinguir o gênero da espécie.

Por outro lado, também se faz alguma confusão entre os termos *fiança*, *aval* e *abono*. Aval é uma garantia pessoal, dada especialmente nos títulos de crédito e, como tal, não deve ser confundida com a fiança. Os seus estatutos são diferentes e, apesar de ambos serem garantias pessoais; não se confundem, inclusive, porque uma mesma obrigação pode ser garantida cumulativamente por *aval* e por *fiança*.²

Por último, *abono* é a garantia que um terceiro dá ao fiador, comprometendo-se a pagar a dívida caso este não o faça. É, assim, uma *fiança do fiador*, ficando, naturalmente, o credor com maior garantia quanto ao recebimento do débito, pois mais uma pessoa intervém para assegurar-lhe o cumprimento da obrigação. As mesmas regras da fiança são aplicadas ao abono, sendo de considerar que o abonador se obriga com o fiador pela garantia do cumprimento da obrigação assumida pelo afiançado.

263. Classificação – A fiança é um contrato *acessório*, tendo a sua formação subordinada à existência de um contrato principal. É, também, um contrato *unilateral*, uma vez que gera obrigação apenas para o fiador. Clóvis Beviláqua dá a esse contrato a classificação de *bilateral*,³ mas, evidentemente, como já fez notar Carvalho de Mendonça,⁴ apesar de algumas vezes o credor também se obrigar para com o fiador, não é da essência do contrato essa obrigação. Em geral, ao dar a fiança o fiador o faz sem que para o credor nasça qualquer espécie de obrigação.

É a fiança, igualmente, em regra, um contrato *gratuito*, muito embora algumas vezes, principalmente na atividade empresarial, o fiador aufera vantagens pecuniárias em troca da garantia dada, o que torna o contrato oneroso. O fato de ser, em geral, contrato *gratuito* não modifica o princípio, existente em Direito Empresarial, de que os contratos empresariais são, por natureza, onerosos. Isto em virtude de ser a fiança um contrato *acessório*, dependendo a sua formação da existência de

1 Visconde de Cairu, *Princípios de Direito Mercantil*, Ed. Cândido Mendes, vol. 1, p. 490, cit. por Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.220, nota 4.

2 Cf. decisão do Tribunal de Justiça do Ceará, in *Jurisprudência e Doutrina*, vol. 7, p. 275.

3 Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 5, anot. ao art. 1.486.

4 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.217, nº 2.

um contrato *principal*. Na atividade empresarial, esse contrato principal, a que se prende a fiança, será sempre oneroso.

Adotando-se o princípio de que o acessório toma a natureza do principal (Código Civil, art. 59), teremos que, muito embora o fiador, comumente, não aufrira vantagens pecuniárias pela prestação da fiança, o contrato, em essência, poderia ser considerado *oneroso*, já que, por ser acessório, assume a natureza do principal e este, forçosamente, é sempre oneroso.

Independentemente de ser gratuita ou onerosa a fiança, o devedor responde perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança; o fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora; e, quando o credor sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento (Código Civil, arts. 832, 833 e 834).

264. Benefício de ordem – O Código Civil estatui, no art. 827, que “o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”, devendo, para isso, o fiador nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito. Se for invocado o benefício da excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada (Código Civil, art. 839).

O *benefício de ordem* só não aproveitará ao fiador se ele o renunciar expressamente, se se tiver obrigado como principal pagador ou devedor solidário, ou se o devedor for insolvente ou falido (Código Civil, art. 828), o que quer dizer que é o benefício de ordem uma vantagem da natureza da fiança, só podendo ser renunciado expressamente ou só deixando de aproveitar ao fiador em face das circunstâncias especiais que prejudicam flagrantemente o credor porque atestam a insolvência do devedor.

Na execução do credor contra o fiador, este pode opor àquele as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor (Código Civil, art. 824 c.c. o art. 837).

265. Cofiadores – A fiança pode ser prestada por apenas uma ou por várias pessoas. Neste último caso, os cofiadores respondem, *solidariamente*, pelo pagamento da obrigação, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão, que é aquele segundo o qual cada fiador responde, apenas, pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento, não sendo, assim, cada um, a critério do credor, obrigado a pagar a totalidade da dívida (Código Civil, art. 829). Admitindo o benefício de divisão, o Código Civil estatui, entretanto, que esse só tem lugar quando estipulado pelas partes.

Taxativamente rezam os arts. 829 e 830 do Código Civil:

“Art. 829. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reser-

varem o benefício de divisão. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento. Art. 830. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado.”

O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros (Código Civil, art. 831).

266. Sub-rogação – O Código Civil claramente estipula que “o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor, mas poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota”; e acrescenta: “a parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros” (art. 831). Em tais condições, cessam as relações existentes entre fiador e credor e se geram outras entre fiador e devedor. Aquele poderá, nessas circunstâncias, exigir a satisfação da dívida por parte do devedor, inclusive, executando-o. O devedor ficará na posição de devedor do fiador que solveu o débito para com o credor.

267. Forma, prova e extensão da fiança – O contrato de fiança será sempre *por escrito*, somente desse modo poderá ser provado, e não admite interpretação extensiva. O Código Civil é taxativo a respeito, estatuinto o art. 819 que “a fiança dar-se-á por escrito”, não se admitindo, assim, fiança oral. O documento poderá ser público ou particular, entre estes se incluindo até cartas-missivas. Poderá, igualmente, ser dada a fiança no documento relativo ao contrato principal ou em documento separado, que é o caso mais comum.

Não requer a lei norma especial para o contrato de fiança. Desde que o contrato seja por escrito, têm as partes o direito de elaborar o instrumento da forma que lhes convier, contanto que dele fique expresso o desejo de obrigar-se o fiador pelo cumprimento da obrigação do afiançado.

Em regra geral, a fiança, quanto à *extensão*, pode ser *limitada* ou *ilimitada*. *Limitada* é a fiança que “se refere a uma soma fixa ou a um objeto determinado. É *ilimitada* ou *indefinida* quando se refere, sem restrição, à obrigação do principal devedor. Nesse último caso, compreenderá todos os acessórios da dívida, todas as obrigações que se derivarem da obrigação afiançada”.⁵ O Código Civil faz a distinção dessas duas espécies de fiança ao estatuir, no art. 822, que, “não sendo limitada a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais desde a citação do fiador”.

268. Interpretação da fiança – A fiança não admite interpretação extensiva (Código Civil, art. 819). Nestas condições, o fiador se obriga apenas pelo que expressamente está mencionado na fiança, não lhe podendo ser imputada maior responsabilidade do que a assumida. Só os acessórios da obrigação principal é que são de responsabilidade do fiador. Quaisquer outras dívidas do devedor para com o credor não são garantidas pelo fiador.

5 Clóvis Beviláqua, *Código Civil* [de 1916] *Anotado*, vol. 5, anot. ao art. 1.486.

269. Consentimento do cônjuge – O Código Civil estatui, como regra geral, no art. 1.647, nº III, que nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança. O fundamento dessa medida é que a fiança prestada pela pessoa casada pode acarretar prejuízos para o patrimônio do casal, quando não cumprida a obrigação por parte do devedor.

Quando o fiador é uma sociedade empresária, inegavelmente a fiança, assinada por sócio que tenha poderes para tal, não requer a outorga uxória desse sócio, já que ele está agindo não em seu nome próprio, mas em nome da sociedade, pessoa jurídica diversa das pessoas dos sócios que a compõem. No caso, resta apenas verificar se o sócio que prestou a fiança tinha poderes para tal ou se o contrato ou os estatutos da sociedade permitiam a prestação da fiança. Assim acontecendo, não há dúvida de que a fiança é válida, respondendo a sociedade pelas obrigações normais dos fiadores.

270. Fianças de sócios – Quando uma sociedade empresária presta fiança, quem a assina é, logicamente, o sócio que tem poderes para tal, seja o gerente, seja o diretor. Muitas vezes os contratos sociais estipulam que as sociedades não poderão prestar fiança; em tais casos, a rigor, à luz dos artigos 46,⁶ 47,⁷ 116,⁸ 118,⁹ 665¹⁰, 673¹¹ e 1.174, *caput*,¹² do Código Civil, a fiança prestada pelo sócio, em nome da sociedade, se caracterizaria como um ato *ultra vires* e não deveria ser da responsabilidade desta, e sim de quem a assinou, recaindo sobre esse os encargos do cumprimento da obrigação. Contudo, a doutrina e a jurisprudência mais modernas vêm entendendo que, em situações excepcionais, a sociedade responde pelo ato *ultra vires* praticado em seu nome pelo seu administrador; e pode voltar-se regressivamente contra ele por descumprimento do dever de obediência (ao contrato ou ao estatuto).

6 “Art. 46. O registro declarará: [...] II – o nome e a individualização [...] dos diretores; III – o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; [...]”

7 “Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.”

8 “Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.”

9 “Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.”

10 “Art. 665. O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.”

11 “Art. 673. O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente.”

12 “Art. 1.174. As limitações contidas na outorga de poderes, para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente. [...]”

Também é comum mencionarem os contratos sociais que os sócios, individualmente, não poderão prestar fiança. Como muito bem esclareceu Carvalho de Mendonça, “não pode esta cláusula criar incapacidade para o sócio, ainda que seja arquivado o contrato social no Registro do Comércio. Ela é eficaz somente entre os sócios e, infringida por um, dá direito aos outros de exigirem perdas e danos ou romperem o contrato social por violação da obrigação assumida”.¹³ Poderão, assim, os terceiros responsabilizar o sócio que deu fiança apesar de proibido pelo contrato social. Caso o fiador seja casado, essa fiança deve ter a outorga uxória, para ser válida, aplicando-se, nesse caso, o art. 1.647, nº III, do Código Civil.

271. Exoneração do fiador – Pode a fiança ser prestada com limitação ou ilimitação de tempo. No primeiro caso, decorrido o prazo, pode o fiador exigir que o devedor o exonere da fiança, ou satisfazendo a obrigação ou conseguindo nova fiança, mas será responsável por todos os efeitos da fiança anteriores à exoneração. Se a fiança é prestada sem limitação de tempo, o fiador tem o direito de exonerar-se da obrigação assumida sempre que lhe convier. Essa exoneração poderá ser amigável ou judicial. E, neste caso, o fiador também ficará obrigado por todos os efeitos da fiança durante sessenta dias após a notificação do credor (Código Civil, art. 835).

272. Morte do fiador – Morrendo o fiador, a fiança se extingue. A responsabilidade da fiança até a morte do fiador passa, contudo, aos herdeiros, respondendo a herança por essa obrigação. Cabe, assim, ao devedor principal pagar a dívida ou dar nova fiança. O art. 836 do Código Civil esclarece que a responsabilidade dos herdeiros não pode ultrapassar as forças da herança. Os tratadistas, com razão julgam impróprio esse dispositivo, pois, respondendo a herança pelas obrigações do *de cuius*, não respondem os herdeiros por obrigações superiores à herança.

273. Extinção da fiança – Além da extinção por morte do fiador, pode a fiança extinguir-se por várias outras causas. Assim é que, sendo uma obrigação acessória, extingue-se ao se extinguir a obrigação principal, de acordo com a regra, segundo a qual acessório é o bem “cuja existência supõe a do principal” (Código Civil, art. 92). Regra geral, “a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias” (Código Civil, art. 184). Nessas condições, a fiança não subsiste, desaparecendo a dívida a que serve de garantia, a não ser que o pagamento da dívida tenha sido feito por terceiro, com sub-rogação.

Também se extingue a fiança, ficando desobrigado o fiador quando o credor, sem conhecimento do fiador, concede prorrogação ao devedor ou com ele faz novação. Igualmente, a fiança se extingue se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências ou se o credor aceitar, amigavelmente, do devedor, em pagamento da dívida, objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção (Código Civil, art. 838, I, II e III).

13 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.230.

PENHOR MERCANTIL

274. Noção – *Penhor* é o contrato segundo o qual uma pessoa dá a outra *coisa móvel suscetível de alienação* em segurança e garantia do cumprimento de obrigação. A pessoa que oferece o objeto em penhor tem o nome de *dador* ou *devedor*; a que a recebe é denominada *credor pignoratício*. O dador pode ser o próprio devedor ou um terceiro por ele. Em tal caso, distingue-se a figura do *dador*, terceiro que não é devedor, mas oferece a coisa para garantir à dívida contraída por esse, da do devedor propriamente dito, que é aquele que assumiu com o credor a obrigação principal, garantida pela coisa que o terceiro ofereceu ao credor para segurança do cumprimento da obrigação.

275. Significados da palavra “penhor” – O termo *penhor* é empregado em vários sentidos. Em primeiro lugar, significa o contrato segundo o qual uma pessoa ou outra por ela dá um objeto em garantia do cumprimento de obrigação. Também significa o direito real decorrente desse contrato acessório de uma obrigação principal: tal o motivo por que o Código Civil inclui o penhor entre os direitos reais de garantia. Por último, pode o termo designar a própria coisa que é dada em garantia de obrigação.

Neste capítulo trataremos do *penhor* como *contrato de garantia*, acessório de um contrato principal, entre um credor e um devedor. Com efeito, para que haja direito real de garantia sobre a coisa, necessário será um contrato, salvo, naturalmente, nos casos de penhor ou hipoteca legal, em que a lei supre a vontade das partes, determinando a configuração do penhor ou da hipoteca, sem que para isso seja necessária convenção entre os interessados (Código Civil, arts. 1.467 e 1.489). A propósito, o próprio Código Civil de 2002 refere-se ao contrato de penhor, nos arts. 1.424, 1.433, IV, e 1.446, parágrafo único. Nas dívidas garantidas por penhor, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (Código Civil, art. 1.419).

276. Sistema legal – O Código Comercial de 1850 tratava o penhor como um contrato (“Art. 271. O contrato de penhor, pelo qual o devedor ou um terceiro por ele entrega ao credor uma coisa móvel em segurança e garantia de obrigação comercial, só pode provar-se por escrito assinado por quem recebe o penhor”). O

Código Civil de 1916 o tratava como direito real sobre coisas alheias (“Art. 674. São direitos reais, além da propriedade: (...) VII – o penhor; (...)”).

O Código Civil de 2002 trata do penhor na Parte Especial, Livro III (Do Direito das Coisas), Título X (Do Penhor, Da Hipoteca e Da Anticrese), Capítulo II (Do Penhor), arts. 1.431 a 1.472). Vale a pena observar a estruturação do Título X do Livro III da Parte Especial do Código Civil de 2002:

CÓDIGO CIVIL DE 2002

PARTE ESPECIAL

LIVRO III (Do Direito das Coisas)

TÍTULO X: Do Penhor, da Hipoteca e da Anticrese

CAPÍTULO I: Disposições Gerais (art. 1.419 a 1.430)

CAPÍTULO II: Do Penhor

Seção I: Da Constituição do Penhor (arts. 1.431 e 1.432)

Seção II: Dos Direitos do Credor Pignoratício (arts. 1.433 e 1.434)

Seção III: Das Obrigações do Credor Pignoratício (art. 1.435)

Seção IV: Da Extinção do Penhor (arts. 1.436 e 1.437)

Seção V: Do Penhor Rural

Subseção I: Disposições Gerais (arts. 1.438 a 1.441)

Subseção II: Do Penhor Agrícola (1.441 a 1.443)

Subseção III: Do Penhor Pecuário (arts. 1.444 a 1.446)

Seção VI: Do Penhor Industrial e Mercantil (arts. 1.447 a 1.450)

Seção VII: Do Penhor de Direitos e Títulos de Crédito (arts. 1.451 a 1.460)

Seção VIII: Do Penhor de Veículos (arts. 1.461 a 1.466)

Seção IX: Do Penhor Legal (arts. 1.467 a 1.472)

Como se percebe, além do *penhor comum*, expressão empregada no seu art. 1.432, o Código Civil de 2002 também trata de modalidades especiais de penhor, a saber: *o penhor rural agrícola*, *o penhor rural pecuário*, *o penhor industrial e mercantil*, *o penhor de direitos e títulos de crédito*, *o penhor de veículos* e *o penhor legal*.

O Código Civil de 2002 é eminentemente principiológico. Em pequeno, mas valioso artigo, intitulado “Sentido do Novo Código Civil”, Miguel Reale deixa claro que ele procura atender às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização (v. <http://www.miguelreale.com.br/artigos.htm>, disponível em 30.01.2009).

O Código Civil de 2002 não esgota o tratamento do penhor. Não revogou expressamente vários textos legais anteriores, que com ele convivem harmoniosamente, integrando o “ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização”, a que se refere Miguel Reale.

Em seu labor prático, o operador do Direito, ao lidar com problemas e casos envolvendo o penhor, deverá ter em mente a advertência de Miguel Reale no mesmo pequeno-grande texto acima referido: “É indispensável, porém, ajustar os processos hermenêuticos aos parâmetros da nova codificação, pois como nos ensina o insigne filósofo Hans Georg Gadamer – falecido recentemente aos 102 anos – a hermenêutica não se reduz a mero conjunto de normas interpretativas, porque é da essência mesma da realidade cultural que se quer compreender. Nada seria mais

prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída.”

O Código Civil anuncia os termos que devem constar do documento do penhor (art. 1.424), trata da entrega do objeto empenhado, e estabelece que só se pode constituir o penhor com a posse da coisa móvel pelo credor, abrindo exceções especiais para o penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, casos em que os objetos empenhados ficam em poder do devedor por efeito da cláusula *constituti* (art. 1.431).

O *constituto possessório*, ou seja, a posse do bem pelo próprio devedor que, de regra, deve entregar a coisa para que o penhor possa se constituir, é, pois, uma exceção, só permitida por disposição expressa da lei. A cláusula *constituti*, ou *constituto possessório*, só valerá, assim, nos casos expressamente permitidos em lei, perdurando a regra geral de que o penhor só se constitui mediante a entrega efetiva da coisa.

Vencida a dívida garantida pelo penhor e não paga pelo devedor, pode o credor promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração (Código Civil, art. 1.433, IV).

O *pactum de non vendendo pignore* é nulo e sobre isso também se expressa o art. 1.428 do Código Civil. A finalidade do penhor não é fazer com que o credor fique com o objeto, mas apenas que o mesmo objeto sirva de garantia do cumprimento da obrigação assumida pelo devedor.

Recebendo o credor um objeto em penhor, como garantia da obrigação assumida pelo devedor, fica considerado *depositário* da coisa recebida (v. Código Civil, art. 1.435), e, como tal, sujeito às disposições legais que regem o depósito mercantil. Consistindo a coisa empenhada em títulos de crédito, o credor se considera sub-rogado pelo devedor para praticar todos os atos necessários para conservar a validade dos mesmos títulos e os direitos do devedor (art. 1.459). Se, por acaso, o devedor pagar a dívida ou consignar o preço em juízo é o credor obrigado à restituição do objeto do penhor, com os respectivos frutos e acessões (art. 1.435, IV), bem como o que sobeje do preço (art. 1.435, V).

Por último, o credor pignoratício que, sem a devida autorização, alhear a coisa objeto do penhor, cometerá o crime de defraudação de penhor e incorrerá nas penas do crime de estelionato, ou seja, na pena de reclusão de um a cinco anos e multa pecuniária (Código Penal, art. 171, § 2º, nº III).

Afora esses dispositivos do Código Comercial, também são aplicáveis ao penhor mercantil, como subsidiárias, as normas referentes ao penhor civil (Código Civil, arts. 768 a 804).

277. Penhor convencional e penhor legal – Pode o penhor resultar da vontade das partes ou de dispositivo de lei. No primeiro caso tem-se, de fato, um contrato, já que para se operar o penhor há necessidade do mútuo consentimento do devedor e do credor. Em tal caso diz-se que o penhor é *convencional*, expressão que preferimos substituir por *contratual*, que melhor explica a sua formação.

Casos há, entretanto, em que a lei, indiferente à vontade das partes, estabelece que os objetos de propriedade do devedor servirão de garantia à obrigação por este assumida para com o credor. Chama-se a essa espécie de *penhor legal* e a ele as partes não poderão se opor, pois foi estabelecido por expresse dispositivo de lei. As partes não intervêm diretamente na formação desse penhor que, em tal caso, não pode ser considerado um contrato. Ato decorrente de um princípio legal, imposto às partes, tendo em vista os interesses da coletividade, essas não podem alegar que o desconhecem, porque a ninguém será lícito alegar que não conhece a lei (Lei de Introdução ao Código Civil, Dec.-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, art. 3º). Mas a verdade é que a vontade expressa das partes não se manifestou na formação desse penhor. Será ele um ato jurídico coercitivo, mas não um contrato.

Sendo um ato que independe da vontade das partes, o penhor legal só se admite quando a lei o menciona taxativamente. Desse modo, constituem objeto de penhor legal para os estalajadeiros, hospedeiros ou fornecedores de pousada, ou alimento, bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, garantindo esses objetos as despesas que eles aí tiverem feito; também servem de garantia aos donos de prédios rústicos ou urbanos os móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo ditos prédios pelos seus aluguéis ou rendas (Código Civil, art. 1.467).

Em ambos os casos, entretanto, a realização do penhor tem processo especial. O Código Civil traça normas a serem adotadas nos casos de penhor legal (arts. 1.468 a 1.471), estipulando o Código de Processo Civil o procedimento para a homologação desse penhor (arts. 874 a 876).

278. Características do penhor – Pressupõe o penhor uma obrigação principal, cujo cumprimento é garantido pela coisa oferecida ao credor pelo devedor. São, assim, elementos necessários à existência do penhor uma *obrigação* contraída pelo devedor para com o credor e uma *coisa móvel* que servirá de garantia ao cumprimento da obrigação.

279. A tradição no penhor – O Código Civil dispõe, no art. 1.431, *caput*, que o penhor se constitui pela *transferência efetiva* da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação. No parágrafo único dispõe que, no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar. Em tais condições, é a tradição, entrega ou transferência da coisa móvel que dá perfeição ao contrato de penhor. O Código Comercial de 1850 estatuiu, no seu art. 274, que *a entrega do penhor* (palavra empregada no sentido de objeto, coisa móvel) podia *ser real ou simbólica, e pelos mesmos modos por que se pode fazer a tradição da coisa vendida*. Embora o Código Civil de 2002 não faça referência expressa à tradição simbólica, ela encontra respaldo no parágrafo único do art. 1.431, e o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, reiteradamente, que é possível a tradição simbólica no penhor mercantil, tratando-se de bens fungíveis e consumíveis (REsp. 337.842/SP, 3ª Turma,

Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 5.8.2002; REsp. 330.316/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 4.8.2003).

De tudo isso se conclui que, regra geral, a lei requer, para a constituição do penhor, a tradição efetiva da coisa empenhada, a posse por parte do credor do objeto dado em garantia da obrigação assumida pelo devedor, não permitindo que se aperfeiçoe o penhor pelo *constituto possessório*, isto é, ficando a posse da coisa com o devedor. Somente nos casos especiais mencionados no Código Civil é admitido o penhor com a cláusula *constituti*: no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, por efeito da *cláusula constituti* (Código Civil, art. 1.431, parágrafo único).

Estabelece, assim, a lei a regra geral de que o penhor só se constitui mediante a tradição efetiva da coisa, salvo os casos do penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, expressamente mencionados no Código Civil. A essas exceções foram acrescidas outras, estatuídas em leis especiais e hoje reguladas pelo Decreto-Lei nº 413/69. Dessa maneira, pode hoje ser constituído penhor ficando a coisa em mãos do devedor, sobre máquinas e aparelhos utilizados na indústria, sobre produtos da suinocultura, sobre os animais adquiridos pelos estabelecimentos que exploram a industrialização de ovinos, sobre o sal e coisas destinadas à industrialização das salinas, sobre máquinas e aparelhos utilizados na indústria, quando instalados em imóvel de terceiros, sobre animais para industrialização de carne, produtos e subprodutos, bem como os materiais utilizados na sua industrialização, sobre estabelecimentos de ensino, em empréstimos feitos pelas caixas econômicas, sobre veículos automotores, equipamentos para execução de terraplanagem e pavimentação e viaturas de tração mecânica usadas no transporte de passageiros e carga, sobre produtos agrícolas.

A respeito de algumas dessas espécies de penhor, que representam exceção à regra geral por poderem ser constituídas com a cláusula *constitui*, falaremos posteriormente.

280. Classificação do contrato de penhor – O penhor é um contrato *real*, só se aperfeiçoando com a entrega da coisa dada em garantia da obrigação assumida pelo devedor para com o credor. É, igualmente, um contrato *acessório*, já que sua existência depende de uma obrigação principal entre o devedor e o credor. Como contrato acessório toma a natureza do principal; e extinguindo-se esse o penhor se extingue, uma vez que a coisa dada em garantia tinha por finalidade responder pelo cumprimento da obrigação principal. Arrola-se o penhor entre os *contratos de garantia*, como a fiança e a retenção.

281. Objeto do penhor – Podem ser objeto de penhor mercantil *coisas móveis, corpóreas* ou *incorpóreas, fungíveis* ou *infungíveis, passíveis de alienação* (Código Civil, arts. 1.420 e 1.431). Ao se tratar de penhor de coisas *fungíveis*, tais como o dinheiro, “dá-se a peculiaridade seguinte: o credor, a quem se entrega a coisa fungível, torna-se dela proprietário, salvo declaração em contrário; obriga-se a restituir coisa equivalente se o devedor *cumprir a obrigação*”.¹ Por tal razão,

1 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 1.269.

dispondo a respeito, o art. 770, 2ª alínea, do Código Civil de 1916 estatuiu que, “quando o objeto do penhor for coisa fungível, bastará (*o instrumento*) declarar-lhe a qualidade e a quantidade”. A esse penhor alguns tratadistas dão o nome de *penhor irregular*, pois foge à regra de que a propriedade da coisa empenhada é sempre do devedor, apesar de, normalmente, a posse desta ser do credor.

282. Elementos necessários à constituição do penhor – Para que se possa constituir o penhor mercantil, necessário será que existam:

a) um objeto *móvel*, capaz de garantir a obrigação assumida pelo devedor em favor do credor. Objetos *imóveis* não poderão, assim, ser empenhados. Também o objeto não necessita ser, necessariamente, de propriedade do devedor. O Código Civil claramente dispõe (art. 1.431) que existe penhor quando o devedor “*ou alguém por ele*, transfere ao credor ou a quem o represente, coisa móvel em garantia de débito. Indispensável é que a coisa seja passível de alienação” (Código Civil, art. 1.431), sujeitando-se o seu proprietário, seja o devedor ou um terceiro por ele, a vê-la alienada em caso de não cumprida a obrigação garantida pelo objeto;

b) que esse objeto passe à posse do credor, pela *tradição efetiva*, já que o penhor é um contrato real (Código Civil, art. 1.431). Não será admitido o penhor pelo *constituto possessório*, vale dizer, com a posse da coisa pelo devedor, a não ser nos casos expressamente mencionados na lei. Essas exceções ao princípio geral de que o penhor não se forma com a cláusula *constituti* estão, dia a dia, se alargando. Além dos casos mencionados no Código Civil (penhor agrícola e pecuário), a legislação posterior estendeu o penhor em tais condições a várias outras modalidades;

c) que haja um vínculo submetendo a coisa empenhada ao pagamento da dívida (Código Comercial, art. 271; Código Civil, art. 1.431). O penhor é um contrato de garantia e o objeto deve justamente reforçar a segurança da solvência da obrigação assumida pelo devedor. Naturalmente, a relação obrigacional existe entre o devedor e o credor, mesmo sem o objeto dado em garantia: será essa, porém, independente do objeto, uma simples relação de débito e crédito, sujeita ao pagamento pela convenção existente entre as partes. A garantia oferecida pelo objeto, entretanto, é que especifica o contrato de penhor; será uma garantia *subsidiária*, porque o contrato é acessório, mas de tal modo ligada à obrigação principal que o contrato não terá a característica própria se tal garantia não existir;

d) que seja o contrato feito por escrito, contendo declarações específicas (Código Civil, art. 1.424), e transcrito no cartório competente, conforme o caso, não valendo contra terceiros se lhe faltarem as especificações mencionadas na lei (Código Civil, art. 1.432).

283. Constituição do penhor. Enunciações do instrumento – O penhor será sempre constituído por *instrumento escrito*: assim expressamente dispõe o art. 1.424 do Código Civil. Poderá o instrumento ser escritura pública ou particular, desde que contenha as enunciações taxativamente expressas na lei. Tais enunciações são: o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo; o prazo fixado para pagamento; a taxa dos juros, se houver; e o bem dado em garantia com as suas

especificações. Se a coisa dada em penhor for de natureza fungível, caso em que a propriedade desta passará ao credor, obrigando-se este a devolver quantidade semelhante quando for paga a obrigação, não haverá necessidade de mencionar o instrumento todas as especificações capazes de identificá-lo dentre os demais; bastará que o instrumento mencione a *qualidade* e *quantidade*, baseado nas quais o credor fará a devolução no momento oportuno.

Não haverá forma especial para a constituição do penhor: o instrumento, como acima ficou dito, pode ser público ou particular. Neste último caso, entretanto, deverá ser lavrado em duplicata, ficando um exemplar com o devedor e outro com o credor. O instrumento particular de penhor será sujeito à transcrição no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (Lei nº 6.015, de 31.12.1973, art. 127, II); qualquer das partes, devedor ou credor, pode levar à transcrição o instrumento particular de penhor (Código Civil, art. 1.432).

Faltado alguma das enunciações, exigidas pela lei para a especificação do penhor, não valerá o contrato contra terceiros (Código Civil, art. 1.424).

284. Direitos e obrigações do credor – O contrato de penhor gera, naturalmente, direitos e obrigações tanto para o credor como para o devedor. Tais direitos e obrigações se incluem entre os efeitos produzidos pela relação contratual.

a) *Direitos*

É direito do credor a *retenção da coisa empenhada* até que seja indenizado de todas as despesas que houver feito com esta, desde que essas despesas não tenham sido ocasionadas por culpa sua (Código Civil, art. 1.433). Para que, entretanto, possa reivindicar esse pagamento, devem as despesas ser devidamente justificadas. A simples alegação destas não dá motivo à indenização e, conseqüentemente, à retenção da coisa.

Igualmente, cabe ao credor exigir a satisfação, por parte do devedor, do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada (Código Civil, art. 1.433).

O credor, ao receber a coisa empenhada, assume a natureza de depositário e, como tal, é obrigado “a empregar na guarda do penhor a diligência exigida pela natureza da coisa” (Código Civil, art. 1.435).

Ocorre, entretanto, que essa possa deteriorar-se por vício próprio e, em tal caso, terá ele direito a ser satisfeito dos prejuízos sofridos pela coisa, sendo o devedor obrigado a reparar o dano de acordo com a regra estatuída no art. 186 c.c. o art. 927 do Código Civil.

Também tem o credor o direito de, vencida e não paga a dívida garantida pelo penhor, promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato ou lhe autorizar o devedor mediante procuração (Código Civil, art. 1.433, IV); ou promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado (Código Civil, art. 1.433, VI).

Não pode o credor ficar com o objeto em pagamento do débito e sem requerer a sua venda. O objeto dado em garantia em geral é de valor superior à dívida e o

devedor seria prejudicado se ao credor fosse facultado ficar com a coisa em pagamento do débito.

A lei, contudo, admite a compensação em caso de perda ou deterioração da coisa em poder do credor, sendo este, contudo, obrigado a devolver ao credor o excedente da dívida (Código Civil, art. 1.435, I).

Ainda cabe ao credor conservar, defender e recuperar a posse da coisa empenhada, por todos os meios cíveis ou criminais, contra qualquer detentor, inclusive o próprio dono, e dar ciência, ao dono da coisa, das circunstâncias que tornarem necessário o exercício de ação possessória (Código Civil, art. 1.435, II).

Por último tem o credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação, cobrando o capital, juros e créditos ou ganhos dos títulos de crédito caucionados, promovendo a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração (Código Civil, art. 1.433, IV, ou promovendo a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado (Código Civil, art. 1.433, VI).

b) Obrigações

Contratando o penhor, o credor, ao lado dos direitos, assume também obrigações. Tais obrigações estão consignadas no art. 1.435 do Código Civil.

Assim, tem o credor a obrigação de *restituir o objeto empenhado* com os seus frutos e acessórios, uma vez satisfeita a obrigação a que este servia de garantia. Se, por acaso, o credor não quiser ou não puder aceitar o pagamento da dívida, a importância correspondente a esta poderá ser consignada em juízo, provocando a consignação a obrigação de o credor devolver a coisa.

Também é obrigado o credor a empregar, na guarda da coisa, a diligência exigida pela sua natureza; se a coisa for vendida, amigável ou judicialmente, a entregar ao devedor o excesso do valor da dívida, considerando-se essa, não apenas o montante da obrigação principal, mas esse montante acrescido das despesas justificadas feitas com a conservação da coisa, desde que os prejuízos não sejam por culpa sua; finalmente, a ressarcir, ao dono da coisa, a sua perda ou deterioração, de que for culpado.

285. Direitos e obrigações do devedor – Ao devedor competem, igualmente, direitos e obrigações, que correspondem, justamente, às obrigações e aos direitos do credor. Assim, sendo, cabe ao devedor o direito de receber o objeto empenhado, com os seus frutos e acessórios, uma vez cumprida a obrigação principal. Satisfeito dos prejuízos sofridos pela coisa, por culpa do credor, enquanto esta se encontrava sob sua guarda, tem o devedor o direito de receber o excedente do preço obtido pela coisa em venda judicial ou amigável, descontando desse preço o montante da obrigação principal, acrescido das despesas justificadas pelo credor para a conservação da coisa, desde que não sejam essas despesas motivadas por culpa do credor. Tem, por último, o direito de ser indenizado da perda ou deterioração da coisa motivada por culpa do credor.

Por outro lado, constituem *obrigações do devedor* indenizar ao credor todas as despesas que este fizer com a coisa, submetendo-se à retenção do objeto, por parte do credor, até que seja cumprida essa obrigação; satisfazer a obrigação principal, no vencimento estipulado, para poder reaver a coisa; responder pelos vícios próprios da coisa e submeter-se à venda, amigável ou judicial, da coisa empenhada, se no vencimento da dívida não for esta satisfeita.

286. Vencimento do contrato de penhor – O vencimento da obrigação decorrente do contrato de penhor depende, em regra, do vencimento da obrigação principal. Esta se considerará vencida, acarretando o vencimento do penhor, esgotado o prazo convencionado. Além dessa forma comum ao vencimento das obrigações, consideram-se igualmente *vencidas as dívidas* garantidas pelo penhor:

a) se, deteriorando-se ou depreciando-se o objeto dado em segurança, esta deterioração ou depreciação for de tal modo que desfalque a garantia e o devedor, intimado, não a reforce (Código Civil, art. 1.425, I). Apesar de, ao contrair a dívida, assumir o devedor a obrigação de pagá-la no contrato de penhor essa obrigação é reforçada pela garantia oferecida pelo objeto. É essa garantia que caracteriza o contrato; é ela que faz diferir o penhor do mútuo comum. O objeto dado em segurança tem, assim, valor preponderante para o cumprimento da obrigação. Se esse objeto se deteriora ou deprecia de modo a desfalcar a garantia que representa e o devedor, intimado a reforçar dita garantia, não o faz, considera-se vencida a dívida, ainda que esta não tenha atingido o prazo convencionado. Terá, então, o credor o direito de excluir o penhor, procedendo à venda do objeto dado em garantia e exigindo, do devedor, a parte que falta para completar o desfalque de garantia sofrido pelo objeto;

b) também se considera *vencida a dívida*, antes do prazo convencionado pelas partes, pela insolvência ou falência do devedor (Código Civil, art. 1.425, II). Um dos efeitos da falência, quanto aos direitos dos credores, é o vencimento antecipado de todas as dívidas do falido e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis da sociedade falida (Lei de Falências, Lei nº 11.101, de 09.02.2005, art. 77). Os credores por contrato de penhor, até o limite do valor do bem gravado, têm, na falência, preferência sobre os demais, exceto os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho (Lei de Falências, art. 83, I e II).

Vendidos, na falência, os objetos dados em garantia nos contratos de penhor, descontadas as custas e despesas de arrecadação, administração, venda, depósito ou comissão do síndico, os credores receberão imediatamente as importâncias dos seus créditos, até onde chegar o produto dos bens que lhes assegurem o pagamento. Se esse produto for insuficiente para o pagamento da dívida, concorrerá o credor à falência, com o saldo, como credor quirografário (Lei de Falências, art. 83, VI, b);

c) igualmente, *considera-se vencida a obrigação*, antes de atingido o prazo convencional, se havendo sido estabelecido o pagamento em prestações, essas não forem pagas pontualmente. Vencida assim a dívida, o credor terá direito à execu-

ção imediata. Entretanto, recebendo posteriormente a prestação atrasada, perderá o direito à execução imediata da dívida (Código Civil, art. 1.425, III);

d) também a dívida será considerada vencida se perecer o objeto dado em garantia, e não for substituído (Código Civil, art. 1.425, IV). Repousa o contrato de penhor na coisa oferecida pelo devedor ao credor em garantia do cumprimento da obrigação. Perecendo a coisa dada em penhor e não substituída, verifica-se o vencimento da obrigação, podendo o credor exercer o seu direito para receber a importância da dívida.

e) por fim, a dívida considerar-se-á vencida se o bem dado em garantia for desapropriado, hipótese na qual na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor (Código Civil, art. 1.425, V).

287. Extinção do penhor – Extingue-se o penhor com a extinção da obrigação principal. Contrato acessório, não persiste uma vez desaparecida a obrigação a cujo cumprimento servia de garantia. Em tais condições, qualquer que seja a causa extintiva da obrigação – o pagamento, a novação, a compensação, a doação, a remissão, a anulação, a prescrição etc. – tem como efeito lógico a extinção do penhor.

Se, entretanto, a extinção da obrigação principal extingue o penhor, a recíproca não é verdadeira. Pode, com efeito, o direito do penhor, isto é, o direito que tem o credor de garantir-se com o objeto empenhado pelo cumprimento da obrigação, desaparecer sem que seja extinta a obrigação principal. Ocorre esse fato pelo caráter acessório do contrato de penhor, que não confunde a garantia supletiva deste contrato com a obrigação principal. Assim, por exemplo, extingue-se o penhor, perdurando, contudo, a obrigação principal, com o perecimento da coisa empenhada, com a renúncia do credor à garantia do penhor, com a adjudicação judicial, remissão ou venda amigável do objeto, se o contrato permitir, ou pela confusão na mesma pessoa das qualidades de credor e de dono da coisa (Código Civil, art. 1.436, IV). A renúncia do credor é presumida quando este consentir na venda particular do objeto, sem reserva do preço, quando restituir a sua posse ao devedor ou quando anuir à substituição do objeto por outra garantia (Código Civil, art. 1.436, § 1º). Se a confusão se verificar apenas quanto a parte da dívida, o penhor subsistirá inteiro, quanto ao resto (Código Civil, art. 1.436, § 2º). A extinção do penhor produz efeitos depois de averbado o cancelamento do registro, à vida da respectiva prova (Código Civil, art. 1.437).

MODALIDADES ESPECIAIS DE PENHOR

I – Penhor industrial e mercantil.

Código Civil de 2002:

Parte Especial

Livro III (Do Direito das Coisas)

Título X (Do Penhor, da Hipoteca e da Anticrese)

Capítulo II (Do penhor)

Seção VI (Do Penhor Industrial e Mercantil): nos arts. 1.447 a 1.450.

288. Noção. Penhor censual – Entende-se por *penhor industrial* aquele que é feito sobre bens utilizados nas atividades industriais, tendo como característica principal o fato de ficarem referidos bens na posse do devedor. Este é equiparado ao depositário e poderá utilizar-se dos bens, muito embora não possa dispor livremente dos mesmos. Até qualquer alteração na disposição desses bens, no lugar em que se encontram, não poderá ser feita pelo devedor sem o consentimento do credor; em nenhuma circunstância os bens podem ser retirados dos locais em que se acham a não ser com a autorização por escrito do credor. A lei excetua, porém, da proibição os veículos terrestres e embarcações, quando servirem à exploração salinera, os veículos automotores e equipamentos para a execução de terraplanagem, pavimentação, extração de minério e construção civil, bem como quaisquer outras viaturas de tração mecânica, usadas nos transportes de passageiros e cargas e, ainda, nos serviços dos estabelecimentos industriais, as dragas e implementos destinados à limpeza e à desobstrução de rios, portos e canais, ou à construção dos dois últimos, ou utilizados nos serviços dos estabelecimentos industriais; toda construção utilizada como meio de transporte por água, e destinada à indústria da navegação ou da pesca, quaisquer que sejam as suas características e lugar de tráfego e todo aparelho manobrável em voo, apto a se sustentar, a circular no espaço aéreo mediante reações aerodinâmicas e capaz de transportar pessoas ou coisas. Essa retirada dos locais, entretanto, só pode ser feita temporariamente, se assim exigir a atividade industrial (Dec.-Lei nº 413, de 09.01.1969, art. 22, parágrafo único).

O penhor industrial foi, inicialmente, regulado pela Lei nº 1.271, de 16.01.1939, com as alterações contidas no Decreto-Lei nº 4.191, de 18.03.1942. Mais tarde, entretanto, regulando os títulos de crédito industrial, o Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969, revogou os Decretos-Leis nºs 1.271/39 e 4.191/42, passando o novo diploma legal a reger o penhor industrial nas suas diversas modalidades.

O Decreto-Lei nº 413/69 contém normas sobre a Cédula de Crédito Industrial e a Nota de Crédito Industrial, títulos de crédito destinados ao financiamento das atividades industriais que podem ser emitidos em operações com as instituições financeiras por pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem àquelas atividades. O intuito da lei foi incentivar o financiamento de empresas industriais, mediante a emissão, por parte dos interessados, de títulos de fácil e rápida estruturação. A Cédula de Crédito Industrial é definida pela lei como “promessa de pagamento em dinheiro, *com garantia real*, censualmente constituída” (art. 9º), enquanto que a Nota de Crédito Industrial é “promessa de pagamento em dinheiro, *sem garantia real*”. Referindo-se à Cédula de Crédito Industrial, a lei (art. 20) dispõe que:

“Podem ser objeto de penhor censual, nas condições deste Decreto-Lei:

- I – máquinas e aparelhos utilizados na indústria, com ou sem os respectivos pertences;
- II – matérias-primas, produtos industrializados e materiais empregados no processo produtivo, inclusive embalagens;
- III – animais destinados à industrialização de carnes, pescados, seus produtos e subprodutos, assim como os materiais empregados no processo produtivo, inclusive embalagens;

- IV – sal que ainda esteja na salina, bem assim as instalações, máquinas, instrumentos, utensílios, animais de trabalho, veículos terrestres e embarcações, quando servirem à exploração salineira;
- V – veículos automotores e equipamentos para execução de terraplanagem, pavimentação, extração de minério e construção civil, bem como quaisquer viaturas de tração mecânica, usadas nos transportes de passageiros e cargas e, ainda, nos serviços dos estabelecimentos industriais;
- VI – dragas e implementos destinados à limpeza e à desobstrução de rios e canais, ou à construção dos dois últimos, ou utilizados nos serviços dos estabelecimentos industriais;
- VII – toda construção utilizada como meio de transporte por água, e destinada à indústria da navegação ou da pesca, quaisquer que sejam as suas características e lugar de tráfego;
- VIII – todo aparelho manobrável em voo, apto a se sustentar, a circular no espaço aéreo mediante relações aerodinâmicas, e capaz de transportar pessoas ou coisas;
- IX – letras de câmbio, promissórias, duplicatas, conhecimentos de embarques, ou conhecimentos de depósitos, unidos aos respectivos *warrants*;
- X – outros bens que o Conselho Monetário Nacional venha a admitir como lastro dos financiamentos industriais.”

289. Constituição do penhor industrial cedular – Constitui-se o penhor industrial, ou o mercantil, mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição onde estiverem situadas as coisas empenhadas. Prometendo pagar em dinheiro a dívida, que garante com penhor industrial ou mercantil, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula do respectivo crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar. (Código Civil, art. 1.448). O decreto-lei nº 413, de 09.01.1969, dispõe sobre títulos de crédito industrial e trata do penhor industrial cedular.

O penhor industrial cedular constitui-se mediante a emissão de um título por parte do devedor, pessoa física ou jurídica, de que constarão os seguintes requisitos, lançados no contexto:

- I – a denominação “Cédula de Crédito Industrial”;
- II – a data do pagamento; se a cédula for emitida para pagamento parcelado, acrescentar-se-á cláusula discriminando valor e data de pagamento das prestações;
- III – nome do credor e cláusula à ordem;
- IV – valor do crédito deferido, lançado em algarismo e por extenso, e a forma de sua utilização;
- V – descrição dos bens objeto do penhor, que se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade e marca, se houver, além do local ou do depósito de sua situação;
- VI – taxa de juros a pagar e comissão de fiscalização, se houver, e épocas em que serão exigíveis, podendo ser capitalizados;
- VII – obrigatoriedade de seguro dos bens objeto da garantia;
- VIII – praça de pagamento;
- IX – data e lugar da emissão;
- X – assinatura do próprio punho do emitente ou de representante com poderes especiais (Dec.-Lei nº 413/69, art. 14).

Em se tratando de pagamento parcelado, a cláusula relativa ao mesmo deve ser incluída logo após a descrição das garantias; a descrição dos bens pode ser feita em documento à parte, em duas vias, assinado pelo emitente e pelo credor, fazendo-se

na Cédula menção a essa circunstância. Da descrição é dispensada qualquer alusão à data, forma e condições de aquisição dos bens apenados. Segundo o art. 12 do Decreto-Lei nº 413/69, “a Cédula de Crédito Industrial poderá ser aditada, ratificada e retificada, por meio de menções adicionais e de aditivo, datados e assinados pelo emitente e pelo credor, lavradas em folha à parte, do mesmo formato, e que passarão a fazer parte integrante do documento cedular”. Serão permitidas amortizações periódicas ajustadas mediante inclusão de cláusula especial (art. 13).

A Cédula de Crédito Industrial obriga os seus signatários desde o momento em que é formalizada; para valer contra terceiros, entretanto, deverá ser *inscrita*.

O Decreto-Lei nº 413/69 declara que a inscrição da Cédula deverá ser feita no cartório de registro de imóveis da circunscrição do local de situação dos bens objeto do penhor (art. 30), editando normas sobre o procedimento da inscrição; esses dispositivos, entretanto, foram alterados pela Lei dos Registros Públicos, nº 6.015, de 31.12.1973, entrada em vigor em 01.01.1976. Essa lei substituiu a *inscrição* por um *registro*, tendo esclarecido (art. 168) que “na designação genérica de *registro* consideram-se englobadas a *inscrição* e a transcrição a que se referem as leis civis”, aplicando-se a regra à Cédula de Crédito Industrial, apesar de se tratar de um título *comercial* (v. nosso *Titulos de Crédito*, vol. II, nº 170 e segs.). A Lei dos Registros Públicos dispõe (art. 167, I, 4 e 14) que será feito no cartório de imóveis o registro “do penhor de máquinas e de aparelhos utilizados na indústria, instalados e em funcionamento, com os respectivos pertences ou sem eles”, bem como “das cédulas de penhor industrial”. O registro será feito no Livro 3-Registro Auxiliar (art. 178, IV), obedecendo ao processo estabelecido na lei (arts. 182 e segs.).

Segundo Decreto-Lei nº 413/69, “o penhor cedular de máquinas e aparelhos utilizados na indústria tem preferência sobre o penhor legal do locador do imóvel de sua situação”, sendo dispensado o consentimento do locador do imóvel para a constituição do penhor nessa modalidade (art. 46, parág. único). Igualmente, não poderão esses bens ser “penhorados ou sequestrados por outras dívidas do emitente” da cédula (art. 57). Entretanto, os bens dados em penhor poderão ser objeto de nova garantia cedular (art. 49), devendo referidos bens ser segurados durante todo o período de vigência da cédula (art. 64).

Liquidada a dívida contraída através da constituição do penhor cedular, dá-se baixa da mesma mediante, o cancelamento do registro da Cédula de Crédito Industrial no cartório de imóveis competente e na forma da legislação específica sobre o registro de imóveis (Lei nº 6.015/73, arts. 246 e segs.).

290. Posse do objeto do penhor industrial – Contrariamente à regra geral, e, constituindo característica própria do penhor industrial, o objeto dado em penhor não passará à posse do credor, mas se manterá com o devedor (Dec.-Lei nº 413/69, art. 28). Este poderá, assim, se utilizar das coisas empenhadas, mas não delas dispor, alterá-las, mudar-lhes a situação, ainda que dentro do próprio estabelecimento em que se encontrem. Como o penhor industrial versa principalmente sobre máquinas e aparelhos utilizados na indústria, a sua posse e uso por parte do devedor representa valor econômico inestimável, pois o penhor não modificará

a produção da indústria, já que a posse das máquinas e dos aparelhos permanece com o devedor.

Caberá, contudo, ao credor o direito de verificar, por si ou por pessoa por ele designada, o estado e a situação dos objetos empenhados. Essa verificação tem por finalidade impedir que o devedor infrinja os dispositivos legais e modifique o valor dos objetos ou deles disponha com prejuízo para o credor.

Havendo cobrança judicial da Cédula de Crédito Industrial cuja garantia consista no penhor de bens do devedor, será observado o procedimento especial de que trata o art. 41 do Decreto-Lei nº 413/69. No mais, ao penhor industrial são aplicadas as regras constantes do Código Civil.

II – Penhor dos produtos da suinocultura e de carnes congeladas

O Código Civil trata do penhor rural pecuário nos arts. 1.444 a 1.446. “Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios (art. 1.444). Mas o penhor também se estende aos produtos dos animais.”

291. Extensão do penhor aos produtos da suinocultura – Os produtos da suinocultura – banha, carnes de porco salgadas ou congeladas, fiambres, presuntos e outros derivados – puderam inicialmente ser objeto de penhor em virtude de lei especial, o Decreto-Lei nº 1.625, de 23.09.1939, que, mandando que o dito penhor se constituísse na forma e com os requisitos do citado e então vigorante Decreto-Lei nº 1.271, de 16.05.1939, aditou, contudo, regras especiais a essa modalidade de penhor. Mais tarde, porém, o Decreto-Lei nº 1.697, de 23.10.1939, revogou aquele diploma legal, simplesmente mandando que ao penhor dos produtos da suinocultura fossem adotadas as disposições do Decreto-Lei nº 1.271/39 naquilo em que fossem aplicáveis. Por último, o Decreto-Lei nº 413, de 1969, revogou o de nº 1.697/39, incluindo entre os bens que podem ser objeto de penhor cédular os “animais destinados à industrialização de carnes, pescados, seus produtos e subprodutos, assim como os materiais empregados no processo produtivo, inclusive embalagens” (art. 20, III).

Esse mesmo dispositivo legal se aplica também, como se vê, ao penhor de carnes congeladas.

III – Penhor agrícola e penhor do sal

O Código Civil trata do penhor rural agrícola nos arts. 1.442 a 1.443.

292. Penhor agrícola – A Lei nº 492, de 30.08.1937, regulou o penhor rural e a *Cédula Rural Pignoraticia*, compreendendo o penhor rural, o *penhor agrícola* e o *penhor pecuário*. Os arts. 6º a 9º daquele diploma legal regulavam o *penhor agrícola*, os arts. 10 a 13 o *penhor pecuário*, e os arts. 14 a 21 a *Cédula Rural Pignoraticia*. Esse Decreto-Lei teve modificações posteriores, mas, sendo institucionalizado o crédito rural pela Lei nº 4.829, de 05.11.1965, foi o mesmo regulado pelo Decreto-Lei nº 167, de 14.02.1967, que melhor dispôs sobre as

cédulas de crédito rural, ou seja, a *Cédula Rural Pignoratícia*, a *Cédula Rural Hipotecária*, a *Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária* e a *Nota Promissória Rural*. Servindo de exemplo para os títulos de crédito industrial, o Decreto-Lei nº 167/67 conceitua a *Cédula de Crédito Rural* como uma “promessa de pagamento em dinheiro, sem ou com garantia real, cedularmente constituída” (art. 9º). A *Cédula Rural Pignoratícia*, que institui o penhor rural, é regulada pelos arts. 14 a 19 do Decreto-Lei nº 167/67, e a *Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária* pelos arts. 25 e 26 do mesmo diploma legal.²

293. Penhor do sal – Por sua vez, o Decreto-Lei nº 3.169, de 02.04.1941, regulava o penhor do sal que ainda se encontrava nas salinas ou em vias de cristalização, bem como das máquinas, instrumentos, utensílios, animais, veículos terrestres e pequenas embarcações, quando servissem à exploração das salinas. Esse Decreto-Lei foi também revogado pelo Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969, que admitiu como objeto da *Cédula de Crédito Industrial* o “sal que ainda esteja na salina, bem assim as instalações, máquinas, instrumentos, utensílios, animais de trabalho, veículos terrestres e embarcações, quando servirem à exploração salineira” (art. 20, nº IV).

Nessas condições, o penhor do sal nas salinas constitui-se cedularmente, obedecendo aos dispositivos do Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969, que regula, de maneira ampla, os títulos de crédito industrial.

IV – Penhor de Direitos e Títulos de Crédito

294. Caução de títulos de crédito pessoal – Podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis (Código Civil, art. 1.451) e títulos de crédito em geral. O penhor que recai sobre título de crédito constitui-se mediante instrumento público ou particular ou endosso pignoratício (Código Civil, art. 1.458). O Código Civil de 1916, dispoñdo a respeito, dava a este tipo de penhor o nome de *caução*. Por isso, o contrato de penhor de direitos e títulos de crédito é, até hoje, mais conhecido como caução nas operações empresariais, se bem que, em sentido lato, *caução* seja o gênero de garantia que compreende duas espécies: a *caução real*, em que estão incluídos o penhor, a anticrese, a hipoteca e a caução de títulos, e a *caução fidejussória*, compreendendo a fiança.

O *penhor de direitos e títulos de crédito*, também conhecido como *caução*, é regulado pelos arts. 1.451 a 1.460 do Código Civil. Nele são observadas as regras relativas ao *penhor comum* com algumas modificações.

Assim é que deverá a caução ser provada por escrito, com os requisitos do art. 1.424 do Código Civil (o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo; o prazo fixado para pagamento; a taxa dos juros, se houver, o bem dado em garantia com as suas especificações), principiando o penhor que recai sobre título de crédito a ter efeito com a tradição do título ao credor (Código Civil, art. 1.458). A este compete

2 Sobre os títulos de crédito rural, v. nosso *Títulos de Crédito*, 2ª ed., Ed. Forense, 1983, vol. II, nº 158 e segs.

o direito de conservar e recuperar a posse dos títulos caucionados, por todos os meios cíveis ou criminais, contra qualquer detentor, inclusive o próprio dono; fazer intimar, ao devedor dos títulos caucionados, que não pague ao seu credor, enquanto durar a caução, não podendo, por consequência, o devedor do título caucionado, desde que receba a intimação ou se dê por ciente da caução receber quitação do seu credor; usar das ações, recursos e exceções convenientes, para assegurar os seus direitos, bem como os do credor caucionante, como se fosse procurador especial deste; e, finalmente, receber a importância dos títulos caucionados e os respectivos juros, se exigíveis, e restituir os títulos ao devedor, quando este solver a obrigação por eles garantida (Código Civil, art. 1.459). Se, por acaso, o credor garantido pela caução receber a importância dos títulos caucionados e essa importância for superior ao seu crédito ficará como depositário do excedente e responsável, ao credor caucionário, pela devolução do excesso (Código Civil, art. 1.433, IV, c.c. o art. 1.435, V).

Se o credor de um título é pago, dando o credor quitação ao devedor deixará o título de representar um crédito, já que foi quitado, ficando, desse modo, o credor da caução sem a garantia que o título representava antes de ter sido quitado pelo devedor. Para obviar essa situação, dispõe o art. 1.460, parágrafo único, do Código Civil que, uma vez quitado pelo credor o título caucionado, tem o mesmo credor a obrigação de saldar imediatamente a dívida a que o título servia de garantia. O devedor do título caucionado, que, por força dos arts. 1.459, III, e 1.460 do Código Civil, deve ser cientificado, por notificação judicial ou por escrito particular, da caução, recebendo a quitação do credor do título ficará, por tal motivo, responsável, solidariamente com o credor que caucionou o título, pelas perdas e danos que causar ao credor da caução (Código Civil, art. 1.460). Essa providência legal, efetivando o disposto no art. 1.460 do Código Civil, que impede receba o devedor do título que foi caucionado quitação do seu credor, tem por finalidade garantir o credor da caução, pois estando o título quitado já não conta mais o credor com a garantia do crédito que o título representava, ficando, assim, a descoberto da importância que desembolsou. É, na realidade, uma sábia providência legal, com a finalidade de impedir que o credor do penhor ou caução tenha prejuízo pelo fato de perder o título apenhado ou caucionado o seu valor como título de crédito.

V – Penhor de mercadorias depositadas em armazéns-gerais

295. O penhor das mercadorias depositadas em armazéns-gerais e o “warrant” – As mercadorias depositadas em armazéns-gerais poderão ser objeto de penhor. *Armazéns-gerais* são empresas que têm por finalidade a guarda e conservação de mercadorias pertencentes a terceiros, para esse fim obedecendo às prescrições especiais contidas no Decreto do Poder Legislativo nº 1.102, de 21.11.1903, com alterações da Lei Delegada nº 3, de 1962.

Ao receber as mercadorias para depósito os armazéns-gerais passarão recibo em que serão especificados sua natureza, quantidade, número e marcas (Dec. nº

1.102, de 21.11.1903, art. 6º). Entretanto, poderão os depositantes pedir à empresa que lhes emita, contra a entrega desse recibo, dois títulos unidos, mas que podem ser separados à vontade, denominados *conhecimento de depósito* e *warrant*. Esses títulos serão à ordem, podendo ser transferidos a terceiros, conjunta ou separadamente, mediante endosso. Uma vez emitidos, as mercadorias a que eles se referem não poderão sofrer embargo, penhora, sequestro ou outro qualquer embaraço que prejudique a sua livre disposição. O endosso dos títulos *unidos* dá ao cessionário o direito de livre disposição da mercadoria depositada; o endosso do *warrant*, separado do *conhecimento do depósito*, dá ao cessionário o direito de penhor sobre a mesma mercadoria; por fim, o endosso, apenas, do *conhecimento do depósito* dá ao endossatário o direito de dispor da mercadoria, ressalvados os direitos do portador do *warrant*, que se tornou credor do direito do penhor em virtude do seu endosso (Dec. nº 1.102, de 21.11.1903, arts. 17 e 18).

Em tais condições, verifica-se que o penhor das mercadorias depositadas em armazéns gerais se faz através de um título, denominado *warrant*, que circula por meio de endosso, representando o primeiro endosso a constituição do penhor. *Nessa modalidade especial de penhor não há a tradição da coisa empenhada para o credor*, regra geral nesse contrato, se bem contando hoje com muitas exceções. O documento constitutivo do penhor, ou seja, o *warrant*, deverá conter as seguintes especificações: a denominação da empresa de armazém geral e sua sede; o nome, a profissão e o domicílio do depositante ou de terceiro por este indicado; o lugar e prazo do depósito; a natureza e finalidade das mercadorias em depósito designadas pelos nomes mais usados no comércio, seu peso, o estado dos envoltórios e todas as marcas e indicações próprias para estabelecerem sua identidade; a qualidade da mercadoria; a indicação do segurador da mercadoria e o valor do seguro; a declaração dos impostos e direitos fiscais, dos encargos e despesas a que a mercadoria está sujeita e do dia em que começarem a correr as armazenagens; a data da emissão dos títulos e a assinatura do empresário ou pessoa devidamente habilitada por este, além da denominação do título, vale dizer, da palavra *warrant* (Dec. nº 1.102, de 21.11.1903, art. 15, § 1º). Em se tratando de um título à ordem, estudaremos mais detalhadamente o *warrant* quando nos referirmos aos títulos de crédito.

296. Constituição do penhor nos títulos de crédito – Os títulos de crédito podem, também, ser dados em penhor, e a constituição desse se faz de modo muito simples, com apenas um endosso lançado pelo proprietário do título, com a cláusula “valor em garantia”, “valor em penhor” ou outra semelhante. O título, naturalmente, será entregue ao credor, que poderá exercer todos os direitos emergentes do mesmo mas que só poderá endossá-lo a título de procuração (Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 19).

Também pode ser constituído *cedularmente* o penhor de letras de câmbio, notas promissórias, duplicatas, conhecimentos de embarque ou conhecimentos de depósito unidos aos respectivos *warrants*, segundo dispõe o nº IX do art. 20 do Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969. Nesse caso, entretanto, a posse de referidos títulos ficará com o credor, conforme estatui o parágrafo único do art. 28 do citado Decreto-Lei.

297. Penhor de veículos – Também podem ser objeto de penhor veículos empregados em qualquer espécie de transporte ou condução (Código Civil, art. 1.461).

Os veículos empenhados podem continuar em poder do devedor, que os deve guardar e conservar (Código Civil, art. 1.431, parágrafo único). Aplicam-se ao penhor de veículos todas as normas aplicáveis ao *penhor comum*, com as especificidades previstas nos arts. 1.462 a 1.466: constitui-se o penhor de veículos mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, e anotado no certificado de propriedade; prometendo pagar em dinheiro a dívida garantida com o penhor, poderá o devedor emitir cédula de crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar (art. 1.462, parágrafo único); não se fará o penhor de veículos sem que estejam previamente segurados contra furto, avaria, perecimento e danos causados a terceiros (art. 1.463); tem o credor direito a verificar o estado do veículo empenhado, inspecionando-o onde se achar, por si ou por pessoa que credenciar (art. 1.464); a alienação, ou a mudança, do veículo empenhado sem prévia comunicação ao credor importa no vencimento antecipado do crédito pignoratício (art. 1.465); o penhor de veículos só se pode convencionar pelo prazo máximo de dois anos, prorrogável até o limite de igual tempo, averbada a prorrogação à margem do registro respectivo (art. 1.466).

O art. 20, V, do Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969, deixa claro que o penhor de veículos automotores e equipamentos para execução de terraplanagem, pavimentação, extração de minério e construção civil bem como quaisquer viaturas de tração mecânica, usadas nos transportes de passageiros e cargas e, ainda, nos serviços dos estabelecimentos industriais pode ser objeto de penhor cédular.

XXVI

SEGURO

298. Conceito – Entende-se por contrato de seguro aquele em que uma empresa assume a obrigação de ressarcir prejuízo sofrido por outrem, em virtude de evento incerto, mediante o pagamento de determinada importância. A empresa que assume a obrigação de ressarcir o prejuízo tem o nome de *seguradora*; a pessoa que pagará a importância para que haja o ressarcimento do prejuízo chama-se *segurado*. *Beneficiário* é quem efetivamente receberá da seguradora a importância relativa ao prejuízo; tanto pode ser beneficiário o próprio segurado como uma terceira pessoa, dependendo sua indicação de cláusula contratual. Só são partes no contrato de seguro o *segurador* e o *segurado*; só esses acordam e assumem obrigações em virtude do contrato.

Só podem ser *seguradoras* empresas constituídas por sociedades anônimas (Dec.-Lei nº 73, de 21.11.1966, art. 24). Para certas modalidades de seguros (seguros agrícolas e de acidentes do trabalho) a lei faculta que a seguradora seja uma sociedade cooperativa (Dec.-Lei nº 73, de 1966, art. 24, parágrafo único). Também o Estado assume o papel de segurador nos seguros da previdência social.

299. Divisão – Os seguros podem ser divididos em seguros terrestres, marítimos e aeronáuticos. *Terrestres* são os seguros comuns, em que a ação dos participantes do contrato se verifica no meio terrestre; *marítimos* e *aeronáuticos* são os que decorrem do transporte marítimo ou aeronáutico. Essa divisão, tendo por finalidade delimitar o campo de ação das empresas seguradoras, implica a adoção de certas regras especiais para cada uma dessas classes de seguros; no entanto, os princípios gerais são comuns a todos os seguros, visto como o contrato visa sempre a ressarcir um prejuízo por dano futuro e indeterminado. Aqui estudaremos apenas os seguros terrestres.

O objeto do seguro é a garantia contra o *risco* que pode sofrer uma coisa ou uma pessoa. Assim, podem os seguros ser *de pessoas* ou *de coisas*.

300. Sistema legal – Atividade das mais antigas, existindo já no direito medieval, quando era costume haver seguros de carregamentos marítimos, o seguro há muito tempo teve uma regulamentação legal. O Código Comercial de 1850 regulou o seguro marítimo nos arts. 666 a 730, mas não trouxe regras específicas sobre o seguro terrestre.

O Código Civil de 1916 regulou o contrato pormenorizadamente, nos arts. 1.432 a 1.465, mas depois do Código uma série de leis, decretos-leis e decretos traçou normas especiais sobre as várias modalidades de seguros, destacando-se, nessa legislação, o Decreto nº 22.456, de 10.01.1933, que tratou das sociedades de capitalização; o Decreto nº 2.063, de 07.03.1940, que remodelou o sistema dos seguros privados; o Decreto nº 3.908, de 08.12.1941, referente às sociedades mútuas de seguros; a Lei nº 2.168, de 11.03.1954, pertinente ao seguro agrário; o Dec.-Lei nº 1.186, de 03.04.1939, que criou o Instituto de Resseguros do Brasil e o Dec.-Lei nº 9.735, de 04.09.1946, que consolidou a legislação sobre seguros. Continuando, entretanto, tumultuada e fracionária essa legislação, foi baixado, em 21.11.1966, o Dec.-Lei nº 73, conhecido por “Lei dos seguros”, dispendo sobre o sistema nacional de seguros privados e regulando as operações de seguros e resseguros, além de dar outras providências. Esse decreto-lei foi regulamentado pelo Decreto nº 60.459, de 13.03.1967 (Regulamento de Seguros). Esses dois diplomas legais sofreram posteriormente algumas modificações (modificando o Dec.-Lei nº 73; Dec.-Lei nº 168, de 14.02.1967; Dec.-Lei nº 296, de 28.02.1967; Dec.-Lei nº 826, de 05.09.1969; Lei nº 5.627, de 01.12.1970 etc.; modificações foram feitas no Regulamento de Seguros pelo Dec. nº 6.859, de 23.10.1967; Dec. nº 63.670, de 21.11.1968; Dec. nº 65.268, de 03.10.1969 etc.). Apesar das inúmeras modificações pontuais, a Lei de Seguros (Dec.-Lei nº 73) e seu regulamento (Dec. nº 60.459) continuam a ser os diplomas básicos do sistema de seguros privados do Brasil.¹

No Código Civil de 2002, a regulamentação do contrato de seguro acha-se na Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), Título VI (Das Várias Espécies de Contrato), no Capítulo XV (Do Seguro), que se divide em três Seções: Seção I (Disposições Gerais); Seção II (Do Seguro de Dano); Seção III (Do Seguro de Pessoa). O art. 777 do Código Civil estabelece que o disposto no Capítulo XX (Do Seguro) aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias.

301. Sistema Nacional de Seguros Privados – O Dec.-Lei nº 73, de 1966, criou o Sistema Nacional de Seguros Privados (art. 8º), constituído do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), das sociedades autorizadas a operar em seguros privados e dos corretores habilitados.

Ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) compete fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados e fixar as características gerais dos contratos de seguros, além de muitas outras atribuições (Dec.-Lei nº 73, art. 32). A Superintendência de Seguros Privados (Susep), entidade autárquica, dotada de personalidade jurídica de direito público, da jurisdição do Ministério da Indústria e do Comércio, mas com autonomia administrativa e financeira, é o órgão executor da política traçada pelo CNSP e fiscalizador da constituição, do funcionamento e

1 Sobre o contrato de seguro, não só no seu aspecto geral como no Brasil, v. o excelente livro do Prof. Pedro Alvim, *O Contrato de Seguro*, Ed. Forense, 1983. V., do mesmo autor, *Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório*, Rev. dos Tribunais, 1972.

das operações das sociedades seguradoras (Dec.-Lei nº 73, de 1966, arts. 35 e 36). O Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) é uma sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica própria de direito privado, gozando de autonomia administrativa e financeira (Dec. nº 73, art. 41). O Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) tinha por finalidade regular o cosseguro, o resseguro e a retrocessão, bem como promover o desenvolvimento das operações de seguro, segundo as diretrizes do CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados) (Dec.-Lei nº 73, art. 42). Posteriormente, a Lei nº 9.932, de 20.12.1999, transferiu essas atribuições para a SU-SEP (Superintendência de Seguros Privados). Mais recentemente, a Lei nº 9.932, de 20.12.1999, foi revogada pela Lei Complementar nº 126, de 2007. As sociedades seguradoras são aquelas que, formadas segundo a lei comum, se dediquem, com exclusividade, às operações de seguros, para o que devem ter autorização especial (Dec.-Lei nº 73, arts. 72, 73 e 74, aplicando-se a elas o art. 25 da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, que trata das instituições financeiras privadas. Finalmente, corretores de seguros são pessoas físicas ou jurídicas que, legalmente autorizadas, angariem e promovam contratos de seguros entre as seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (Dec.-Lei nº 73, art. 122).

302. Sociedades seguradoras – Integrantes do Sistema Nacional de Seguros Privados, as sociedades seguradoras ocupam no mesmo, papel relevante. É com elas que serão realizados os contratos de seguros nas suas várias modalidades. Por tal razão, a lei lhes impõe certas normas que devem ser rigorosamente obedecidas, para maior segurança do sistema.

Devem as sociedades seguradoras constituir-se como *sociedades anônimas*, salvo nos casos de sociedades destinadas aos seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho, quando podem constituir-se como cooperativas (Dec.-Lei nº 73, art. 24, parág. único). As suas ações devem ser sempre *nominativas*, não se admitindo ações à ordem ou ao portador. Terão um capital mínimo, que será revisto periodicamente pelo CNSP, de acordo com o ramo que explorem. Ficam essas sociedades sujeitas à fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (Dec.-Lei nº 73, art. 36, *h*). Não ficam sujeitas à falência nem podem requerer recuperação judicial ou extrajudicial (Dec.-Lei nº 73, art. 26, com a redação dada pela Lei nº 10.190, de 14.02.2001, e Lei nº 11.101, de 09.02.2005, art. 2º, II), promovendo-se sua liquidação por forma especial, prevista em lei (Dec.-Lei nº 73, arts. 94 e segs.). A cessação das operações das sociedades seguradoras pode se verificar voluntariamente, quando assim decidida pelos sócios em assembleia geral, ou compulsoriamente, por ato do Ministro da Indústria e do Comércio.

303. Corretores de seguros – Outro elemento de grande importância no Sistema Nacional dos Seguros Privados são os *corretores*. *Corretores de seguros*, nos termos do art. 122 do Decreto-Lei nº 73, são pessoas, naturais ou jurídicas, que, devidamente habilitadas e autorizadas, se dedicam a angariar e promover contratos de seguros entre as sociedades seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Deve o corretor, para poder exercer essas atividades, habilitar-se e estar registrado como tal. A habilitação é feita perante a SUSEP, mediante prova de capacidade técnico-profissional, na forma das instruções baixadas pelo CNSP, sendo o registro promovido também na SUSEP (Dec. nº 60.459, de 1967, art. 34, nº XII). Para que o corretor seja *registrado* é necessária a apresentação de documentos que comprovem os seguintes requisitos: *a)* ser brasileiro ou estrangeiro com residência permanente no País; *b)* estar quite com o serviço militar, quando se tratar de brasileiro; *c)* não haver sido condenado por certos crimes previstos no Código Penal; *d)* não ser falido; *e)* ter habilitação técnico-profissional; *f)* apresentar declaração assinada pelo candidato, com a firma reconhecida, de que não exerce emprego de pessoa jurídica de direito público nem mantém relação de emprego ou de direção com sociedade seguradora. Em se tratando de pessoa jurídica, deve provar que está organizada segundo a lei brasileira; que tem sede no País e ações nominativas; que seus diretores, gerentes, administradores, sócios ou acionistas não exercem emprego de pessoa jurídica de direito público nem mantém relação de emprego ou de direção de outra sociedade seguradora (Dec. nº 60.459, art. 102).

Os corretores de seguros podem ser *prepostos* de sua livre escolha, designando os que os substituirão, e respondem civilmente perante os segurados e as sociedades seguradoras pelos prejuízos que causarem, por omissão, imperícia ou negligência no exercício da profissão. Respondem, ainda, profissionalmente, perante a SUSEP, os corretores que deixarem de cumprir as leis, os regulamentos e as resoluções em vigor ou que derem causa, dolosa ou culposa, aos prejuízos às sociedades seguradoras ou aos segurados. Os corretores de seguros estão sujeitos à multa, suspensão temporária do exercício da profissão ou cancelamento do registro, penalidades impostas pela SUSEP.

Pelos seguros angariados, os corretores têm direito a uma remuneração que se denomina de *comissão*.

304. Interesse segurável e risco – Elementos preponderantes para a existência do contrato de seguro são o interesse segurável e o risco. *Interesse segurável* é aquilo que constitui o objeto do contrato; é, justamente, através do interesse segurável que se calcula a indenização visada pelo seguro. Deve ser lícito, em relação ao segurador, muito embora às vezes constitua um ato ilícito, em relação a terceiros. O Código Civil estatui, no art. 762, que “nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”, mas o dispositivo legal, como bem pondera Ângelo Mário Cerne,² merece interpretação. “É preciso esclarecer aqui a intenção do ato ilícito”, esclarece esse autor. Se o segurado o pratica intencionalmente, para tirar proveito do ato, para si ou para terceiro, em tal caso o contrato é nulo. Assim, se o segurado “incendiar ou mandar incendiar sua propriedade; se agir propositadamente para a perda ou avaria da mercadoria transportada”, a indenização não será devida, dada a ilicitude do ato praticado. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato (Código Civil, art. 768).

2 Ângelo Mário Cerne, *O Seguro Privado no Brasil*, Liv. Francisco Alves, 1973, pp. 27 e segs.

Entretanto, são usuais os contratos em que “o seguro cobre ato culposo de segurado e até mesmo ato considerado ilícito penal. Na cobertura de acidentes de automóvel, resultando em morte da vítima, são usuais cláusulas, contidas neste tipo de apólices, para reembolsar o segurado das importâncias que tiver que pagar a terceiros, por condenação em Juízo, mesmo quando o juiz considerar que houve dolo ou culpa grave. Entretanto, em relação ao segurador, não existiu, por parte do segurado, a intenção de causar dano a terceiro, com o objetivo primordial de causar prejuízo à seguradora. Este risco foi coberto e só se negará o pagamento quando houver conluio entre a vítima e o segurado para se locupletarem da indenização”.³

Várias restrições são feitas, pela lei, ao interesse segurável, visando a coibir possíveis manifestações de má-fé e fraude. Assim, por exemplo, é vedada a realização de mais de um seguro cobrindo o mesmo objeto ou interesse, desde que qualquer deles seja contratado mediante a emissão de simples certificado, salvo nos casos de seguros de pessoas (Decreto-lei nº 73, de 21.11.1966, art. 11, § 4º); se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido; nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato; se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio; o segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se (Código Civil, arts. 766, *caput*, 778 e 782).

O Código Comercial, referindo-se aos seguros marítimos, esclarecia que “é proibido o seguro sobre coisas cujo comércio não seja lícito pelas leis do Império” e também não permitia o seguro “sobre a vida de alguma pessoa livre” (art. 686, nºs 1 e 2). Deste último inciso verifica-se que, na vigência do Código, e até 1888, era permitido fazer seguros sobre escravos, pois esses eram considerados coisas e não pessoas.

Quanto ao seguro de vida, o Código Civil de 1.916 o permitia expressamente, ao estabelecer, no art. 1.440, que “a vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável”.

Quanto ao *risco*, segundo elemento preponderante para a existência do contrato, entende-se esse como qualquer evento futuro e incerto, se bem que previsto no contrato, que, independente da vontade das partes, possa afetar o interesse segurado. Faz-se o contrato de seguro justamente para prevenir a ocorrência do evento. Se esse se verificar, será devida a indenização por parte do segurador caso o prêmio tenha sido oportunamente pago. Daí dizer-se que o contrato de seguro repousa em

3 A. M. Cerne, ob. cit., p. 27.

quatro elementos: *interesse segurável, prêmio, risco e indenização*. Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio, e o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio (Código Civil, arts. 764 e 770).

305. Espécies de seguros – Podendo os contratos de seguros ter por objeto pessoas ou coisas, são classificados de acordo com o ramo que lhes disserem respeito. O Código Civil de 2002 os distingue em seguros de danos e seguros de pessoas.

O art. 7º do Decreto-Lei nº 61.589, de 23.10.1967, classifica os seguros em três categorias: I) Seguros dos Ramos Elementares; II) Seguros de Vida; e III) Seguro Saúde.

Seguros de ramos elementares ou *de danos* são “os que visam a garantir perdas e danos ou responsabilidades provenientes de riscos de fogo, transporte, acidentes pessoais e outros eventos que possam ocorrer afetando pessoas, coisas e bens, responsabilidades, obrigações, garantias e direitos”.

Seguros de vida, por sua vez, são “os que, com base na duração da vida humana, visem a garantir, a segurados ou terceiros, o pagamento, dentro de determinado prazo e condições, de quantia certa, renda ou outro benefício” (art. 7º).

Os seguros de vida podem ser divididos em *seguros de vida* propriamente ditos, em que o beneficiário só tem direito ao recebimento da indenização com a morte do segurado (indenização que não diz respeito, propriamente, à morte do segurado – já que uma vida humana não pode ser indenizável –, mas ao que o segurado pré-morto poderia, com o seu trabalho ou as condições normais de atividades, auferir para o seu patrimônio) e *seguros de sobrevivência*. Nestes, para o beneficiário haver a indenização, não é necessária a morte do segurado; este pode, inclusive, ser o beneficiário de tal seguro, pois o mesmo visa apenas a garantir o pagamento de uma certa importância ou uma certa renda decorrido um determinado espaço de tempo. Pode, entretanto, o seguro de sobrevivência ser associado ao seguro de vida; assim, se antes de decorrido certo espaço de tempo o segurado vier a falecer, será devida a indenização ao beneficiário instituído ou, na sua falta, aos herdeiros do *de cujus*.

Podem, ainda, os seguros de vida ser *individuais* ou *coletivos*, também chamados estes *seguros de grupo*. *Individuais* são aqueles que seguram a vida ou a sobrevivência de uma única pessoa. *Seguros de grupo* são os que várias pessoas, pertencentes a uma associação, por exemplo, são seguradas em uma mesma apólice, cada uma concorrendo com certa importância, que constitui o prêmio, e dando lugar à indenização em caso de sua morte.

306. Classificação do contrato de seguro – O contrato de seguro é *consensual, bilateral, oneroso, aleatório, formal e de adesão*.

É consensual porque se aperfeiçoa mediante o pagamento do prêmio, podendo ser provado tanto pela exibição da apólice ou bilhete de seguro, quanto por

documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio (Código Civil, arts. 757 e 758). O pagamento é uma decorrência do contrato que cria obrigações desde que reduzido a escrito.

É *bilateral* porque, aperfeiçoado, cria obrigações para o segurador (*pagar a indenização, ocorrendo o risco*) e para o segurado (*pagar o prêmio*). Dessas obrigações se infere, também, que o contrato é *oneroso*, por criar vantagens, ou expectativa de vantagens patrimoniais para ambas as partes.

O contrato se apresenta como *aleatório* porque o evento previsto, que constitui o *risco*, pode acontecer ou não. Poder-se-ia dizer, nos seguros de vida, que a morte do segurado um dia acontecerá, o que tiraria o caráter aleatório do contrato. Mas, se tal fato há de acontecer, há data incerta para a sua ocorrência.

Em alguns casos, mesmo, pode verificar-se a morte sem que seja devida a indenização pelo segurador. E “o segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem” (Código Civil, arts. 797, 798 e 799).

É um contrato de *adesão* porque as suas condições gerais são impostas pelo segurador, ao segurado competindo apenas aceitá-las sem modificações.

E, finalmente, é um contrato *formal* porque deve ser reduzido a escrito, sendo essa forma de constituição indispensável para a existência do mesmo. A apólice é o instrumento do contrato de seguro. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco (Código Civil, art. 759).

307. Constituição do seguro. Proposta – Regra geral, os contratos de seguros se constituem mediante propostas assinadas pelos segurados, seus representantes legais ou corretores habilitados, o que dará lugar, havendo aceitação, à emissão da apólice, que é o instrumento formal do contrato. Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem (Código Civil, art. 775). Pode, entretanto, ser o contrato feito por simples emissão do bilhete, mediante solicitação verbal do interessado (Dec.-Lei nº 73, arts. 9º e 10).

Da proposta constam todos os dados que devem figurar na apólice, tais como objeto ou coisa segurada, natureza dos riscos garantidos, prazo de seguro, montante do valor segurado, prêmio etc., além de informações de natureza pessoal do proponente. Nos seguros de grupos, de acidentes pessoais e nos seguros de vida, as propostas devem ser preenchidas pelos próprios proponentes, dadas as informações de caráter pessoal que devem conter (idade, condições de saúde etc.).

Uma vez aceita a proposta, constitui-se o contrato de seguro mediante a emissão, pela seguradora, do instrumento do contrato, que é a *apólice*.

308. Apólice – A *apólice* é o documento mais importante do contrato de seguro, porque é o instrumento da constituição do mesmo. Deverá conter todos os

requisitos necessários para a caracterização da sociedade seguradora e mais os dados constantes da proposta sobre o interesse segurado, montante da indenização, beneficiário, prazo de vigência do contrato. Sobre esse, deve a apólice minuciosamente especificar o dia, mês e ano em que se inicia e se encerra a cobertura dos riscos; Deve a apólice, igualmente, fixar o valor do prêmio.

As apólices podem ser de várias modalidades, de acordo com a natureza do seguro. Diz-se *simples* a apólice “que estabelece, em seu corpo, todas as condições do seguro, sem necessidade de qualquer ação posterior à emissão”.⁴ *De averbação, abertas, ajustáveis* ou *de valor declarado* são as apólices que consignem um “valor máximo determinado, para serem utilizadas por meio de averbação ou por declarações periódicas, mediante condições e normas aprovadas pela SUSEP” (Dec. nº 60.459, de 13.03.1967, art. 4º). Apólices *flutuantes* são aquelas em que podem ser feitas alterações ou substituição sem prejudicar o contrato, como ocorre nas apólices por acidentes de trabalho nas empresas.

As apólices podem, ainda, ser *coletivas* ou *de grupos*, quando o seguro é dessa modalidade; podem ser *de frota*, quando relativas a vários veículos do mesmo segurado; podem conter a *cláusula de rateio*, segundo a qual, havendo dano parcial na coisa segurada, a seguradora indeniza apenas uma parte do valor real do bem segurado; podem, ainda, trazer a cláusula de que o seguro é *com franquia*, o que significa que o segurador só indenizará o dano a partir de certo montante, ficando a percentagem das primeiras despesas a cargo do segurado. Ao contrário, as apólices com a cláusula de *primeiro risco* significam que o segurador pagará, em caso de sinistro, uma importância certa, qualquer que seja o total segurado.

A apólice contém cláusulas *obrigatórias* e *facultativas*. As primeiras são aquelas indispensáveis em qualquer apólice; identificação do segurador e do segurado, do objeto segurado, valor do prêmio, datas do início e do fim dos riscos, com dia mês e ano, valor do prêmio etc. Cláusula obrigatória, também, é a inserção na apólice de declaração de que o contrato será cancelado, independentemente de notificação, interpelação ou protesto, no caso de não ser o prêmio pago no prazo devido (Dec. nº 61.589, de 23.10.1967, art. 2º).

As cláusulas *facultativas* são aquelas em que as partes regularão assuntos de seus interesses particulares. Assim, podendo o seguro ser feito com correção monetária para capitais e valores (Dec.-Lei nº 73, art. 14), para que haja a correção é necessário que uma cláusula conste da apólice dependendo, portanto, a inclusão dessa cláusula da vontade das partes.

Devem as apólices mencionar os *riscos cobertos* e os *excluídos*. Entende-se por *riscos excluídos* aqueles que, direta ou indiretamente, concorram para a ocorrência do dano: atos de hostilidade, guerra, rebelião, conspiração, revolução, motins, tufão, furacão, inundação, terremoto e outros de idêntica natureza. Podem, contudo, as partes excluir do seguro certos riscos que podem pesar sobre o interesse segurável.

4 A. M. Cerne, ob. cit., p. 63.

Por último, as apólices não podem conter cláusula que permita a rescisão unilateral do contrato ou que, por qualquer forma, subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em lei (Dec.-Lei nº 73, art. 12).

Quanto à sua circulação, as apólices podem ser *nominativas, à ordem e ao portador*, mas as apólices de seguros de pessoas não podem ser ao portador (Código Civil, art. 760). Aliás, nos dias atuais, estão em desuso as apólices ao portador.

309. Bilhete de seguro – Permite a lei (Dec.-Lei nº 73, art. 10) que o seguro seja contratado por simples emissão de um *bilhete de seguro*, por solicitação verbal do interessado, não havendo, assim, necessidade da proposta escrita. Nessas modalidades de contratação de seguro, a boa-fé da seguradora, em sua aceitação, constitui presunção *juris tantum* (Dec.-Lei nº 73, art. 11). E mais, tanto o segurado quanto o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (Código Civil de 2002, art. 765).

310. Prêmio – Entende-se por prêmio a importância que o segurado deve pagar ao segurador como contraprestação pela assunção dos riscos por parte desse. “O pagamento do prêmio é o respectivo da assunção do risco”, diz Ferri.⁵ É ele fixado de acordo com as garantias assumidas pelo segurador; e a sua função é muito importante. “Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação” (Código Civil, art. 763). O não pagamento do prêmio, na data fixada, acarreta o desfazimento do contrato (Dec.-Lei nº 73, art. 12).

O Código Civil estipula que “no seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro”. E esclarece que, nessa hipótese, “o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada” (Código Civil, art. 797).

O Decreto nº 60.459, de 13.03.1967 (Regulamento do Decreto-Lei nº 73, de 21.11.1966), esclareceu que não será prejudicado o pagamento da indenização se o sinistro ocorrer no prazo da *suspensão da cobertura*, isto é, no prazo que medeia entre a emissão da apólice e o momento em que o prêmio deve ser pago. Para tanto, contudo, é necessário que o prêmio seja pago no prazo fixado (Dec. nº 60.459, de 1967, art. 6º, § 4º).

O prêmio é formado de dois elementos essenciais, o *prêmio puro* e a *taxa de carregamento*.⁶ O *prêmio puro* é calculado pela seguradora tendo em vista a observação e estatística dos sinistros ocorridos na mesma espécie, fazendo-se esses cálculos tendo por base o cálculo das probabilidades e a lei dos grandes números; obtido o valor do *prêmio puro* ou *teórico*, acrescentam-se ao mesmo as despesas feitas pelo segurador, ou seja, a *taxa de carregamento*. O total constitui o prêmio

5 G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Torino, 1972, nº 685.

6 Cf. Ferri, *ob. e n.º* citis.

que deve ser pago pelo segurado, no lugar e modo convencionados, sendo que o não pagamento do prêmio na época aprazada acarreta a rescisão do contrato.

Tendo a seguradora um prazo (15 dias) para enviar a apólice ao segurado, contra o recebimento da qual deve ser efetuado o pagamento do prêmio, o período que vai até o pagamento deste não é levado em consideração se o sinistro ocorrer no mesmo e o prêmio for pago na época devida. Excetua-se, entretanto, dessa forma, estatuída pelo Decreto nº 60.459, de 13.03.1967, os seguros de automóveis ou aeronáuticos, em que a indenização só é devida se o sinistro ocorrer depois do pagamento do prêmio.

O pagamento do prêmio pode ser feito de uma só vez ou parceladamente, segundo for convencionado no contrato. De acordo com a Portaria nº 23, de 21.09.1966, do Departamento Nacional de Seguros Privados, a cobrança dos prêmios é feita por intermédio da rede bancária, tendo o segurado o prazo de 30 dias, a contar da emissão da apólice, para fazer esse pagamento. Ao enviar a apólice ao banco, para cobrança, a seguradora emitirá uma *nota de seguro*, em três vias, sendo uma para o banco, uma para ser devolvida à seguradora e a última para servir de notificação ao segurado, a fim de que este efetue o pagamento.

As sociedades seguradoras não poderão conceder aos segurados qualquer abatimento nos prêmios (Dec.-Lei nº 73, art. 30). As ações para a cobrança dos prêmios terão o rito executivo (Dec.-Lei nº 73, art. 27).

311. Obrigações do segurador e do segurado – Contrato bilateral, o seguro cria obrigações para o segurador e para o segurado. A principal *obrigação do segurador* é a de pagar a indenização em caso de sinistro, isto é, quando ocorrer o evento futuro que constitui o risco de interesse segurável. Cabe-lhe, igualmente: a) emitir a apólice, nos termos da proposta devidamente aceita, e providenciar sua remessa ao segurado; b) arcar, até o limite fixado no contrato, com as despesas de salvamento consequente ao sinistro; c) se incorrer em mora em pagar o sinistro, atualizar devidamente o valor da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios; d) não emitir a apólice, se, ao tempo do contrato, souber estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, sob pena de pagar em dobro o prêmio estipulado; e) pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa (Código Civil, arts. 771, parágrafo único, 772, 773 e 776).

O segurado, por sua vez, tem como *obrigação principal pagar o prêmio*, sem o que o contrato se desfaz. Esse pagamento será devido na forma e no prazo convencionados. Deve, ainda, o segurado: a) prestar, com fidelidade, as informações necessárias para que constem da proposta, sendo presumida a boa-fé, *juris tantum*, pela sociedade seguradora ao aceitar as declarações do segurado; b) comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia; c) abster-se de agravar intencionalmente o risco objeto do contrato, sob pena de perder o direito à garantia; d) participar o sinistro ao segurador, logo que o saiba, bem como tomar as providências imediatas para minorar-lhe as consequências, sob pena de perder o direito à indenização (Código Civil, arts. 768, 769 e 771).

312. Sinistro. Liquidação – *Sinistro* é a ocorrência do dano previsto no contrato, acarretando a obrigação da seguradora de fazer a indenização prometida. É a verificação do acontecimento incerto que constitui o risco, próprio do contrato, assumido pelo segurador.

Acontecendo o sinistro, sendo o seguro contratado mediante a emissão de bilhete de seguro, a prova da ocorrência do risco compete ao segurado ou ao beneficiário, bem como a justificação do seu valor, sendo permitida à sociedade seguradora, para exonerar-se de responsabilidade, a arguição de existência de circunstância relativa ao objeto ou interesse do segurado cujo conhecimento prévio influiria na sua aceitação. Se houve violação ou inobservância, pelo segurado, de qualquer das condições estabelecidas para a contratação do seguro, esse fato exonera a seguradora de responsabilidade (Dec.-Lei nº 73, art. 11, §§ 1º, 2º e 3º).

O pagamento da indenização depende da prova do pagamento do prêmio (Dec.-Lei nº 73, art. 12, parágrafo único). Não terá direito à indenização o segurador que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação (Código Civil, art. 763).

Ocorrendo o sinistro, cabe à seguradora investigar as suas causas para poder enquadrá-lo dentro do contrato. Nos seguros de danos faz-se, em regra, *perícia* no objeto danificado, sendo dessa apresentado um laudo. Nos seguros de vida, além do atestado de óbito, dando a *causa mortis*, pode a seguradora investigar sobre se houve concorrência do segurado para a ocorrência do evento, ou se este não está coberto pelo seguro.

Ocorrendo o sinistro, deve o segurado ou beneficiário dar ciência, de qualquer forma, do evento à seguradora. E uma vez apurados os prejuízos, deve a seguradora, com a devida presteza, fazer a liquidação do sinistro pagando a indenização a quem de direito.

313. Cosseguro – Já foi dito que não é possível fazer vários seguros sobre um mesmo objeto, sendo o montante de cada seguro pelo valor total da coisa segurada. Isso não significa, entretanto, que vários seguros não sejam feitos sobre uma mesma coisa, desde que a soma total dos mesmos não ultrapasse o valor total da coisa. A isso se dá o nome de *cosseguro*, e cada seguradora se responsabiliza pelo valor do risco assumido.

Quando o risco for assumido em cosseguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos (Código Civil, art. 761).

As operações do cosseguro são disciplinadas pelo CNSP, nas hipóteses em que o Instituto de Resseguros do Brasil não aceite o resseguro do risco ou quando se tornar conveniente promover melhor distribuição direta dos negócios pelo mercado. É permitida, nos casos de cosseguros, a emissão de uma só apólice, cujas condições valerão integralmente para todas as cosseguradoras. A apólice, nesse caso, além das declarações necessárias, conterà os nomes de todas as cosseguradoras e, por extenso, os valores da respectiva responsabilidade assumida, devendo ser assinada pelos representantes legais de cada sociedade cosseguradora (Dec.-Lei nº 60.459, de 1967, arts. 21 e 5º, respectivamente).

314. Cosseguro, resseguro e retrocessão – A Lei Complementar nº 126, de 15.01.2007, dispõe sobre a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, as operações de cosseguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário.

“Cosseguro é a operação de seguro em que 2 (duas) ou mais sociedades seguradoras, com anuência do segurado, distribuem entre si, percentualmente, os riscos de determinada apólice, sem solidariedade entre elas.”

“Resseguro é a operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador, ressalvado o caso de retrocessão (art. 2º, inciso IV, da Lei Complementar n. 126/2007).”

“Retrocessão é a operação de transferência de riscos de resseguro de resseguradores para resseguradores ou de resseguradores para sociedades seguradoras locais.” Há, assim, uma transferência de riscos para o retrocessionário.

O resseguro pode ser *total* ou *parcial*. No primeiro caso, a totalidade do risco passa para o ressegurador, chamado de *cessionário*; sendo o resseguro *parcial*, o ressegurador assume responsabilidade apenas por parte dos riscos.

O resseguro pode ser de várias modalidades: *resseguro de quota (quota-share)*, em que o segurador cede parte de sua carteira global sobre um certo risco, sendo indenizado dos prejuízos em percentagem igual à da cessão; o *resseguro por excesso de responsabilidade (excess of liability)*; o *resseguro do excedente do sinistro (excess of loss)*; e o *resseguro por excesso de perdas (stop loss)*.⁷ Pode, igualmente, o resseguro ser *obrigatório* ou *facultativo*, o primeiro devendo operar-se em qualquer circunstância e o segundo dependendo da vontade do cedente.

315. Extinção do contrato de seguro – Várias são as causas que dão lugar à extinção do contrato de seguro. Sendo consensual, extingue-se havendo acordo de ambas as partes, baseado no princípio de que as vontades que se acordaram para concluir em contrato podem também se acordar para extingui-lo.

Pode também o contrato extinguir-se pela decorrência do prazo ajustado para a vigência do mesmo. Sendo celebrado por prazo certo, extingue-se com o decurso desse prazo.

A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez (Código Civil, art. 774).

Pode, ainda, extinguir-se pela *cessação do risco*. Sendo o risco o elemento que justifica a existência do contrato, cessando esse (como no caso de seguro por riscos no transporte de mercadorias, se essas chegam ao lugar do destino sem que o evento previsto tenha acontecido) é lógico que o contrato deixa de existir.

Finalmente, o contrato de seguro cessa quando, ocorrendo o sinistro, é esse liquidado. Em tal caso, desaparece o interesse segurável, dando fim, assim, ao contrato.

7 Cf. A. M. Cerne, ob. cit., pp. 90 e segs.

316. Seguro e mutualidade – Se bem que bastante aproximados, o contrato de seguro não deve ser confundido com a *mutualidade*. Essa ocorre quando várias pessoas se congregam para, cada uma concorrendo com uma certa quota, única ou periódica, servir o produto dessas quotas para indenizar certos prejuízos sofridos, em certas circunstâncias, por um dos mutualistas.

Em tal caso, cada mutualista representa o segurador de outro. E como o segurador em seguros deve ser sempre uma sociedade anônima, com as exceções do seguro agrícola e do de acidentes de trabalho, a associação dos mutualistas não é considerada uma sociedade de seguro.

317. Seguro e capitalização – Igualmente, não se confunde o contrato de seguro com o de *capitalização*. Nesta, os portadores de certas quotas contribuem para a constituição de um fundo específico em seu benefício, que lhe será devolvido em certa época ou ocorrendo determinado evento. A sociedade de capitalização permite, inclusive, sorteios para premiar os beneficiários antes de decorrido o prazo convencionado.

Capítulo Sétimo
DEPÓSITO, CONTA CORRENTE
E CONTRATOS BANCÁRIOS



XXVII

DEPÓSITO MERCANTIL

318. Noção – Denomina-se *depósito* o contrato segundo o qual uma pessoa confia a outra a guarda de objeto móvel, cabendo à segunda a obrigação de restituí-lo, quando reclamado.

A pessoa que entrega a coisa para guardar chama-se *depositante*; a que a recebe e deve restituí-la tem o nome de *depositário*. A palavra *depósito* muitas vezes é empregada para significar não o contrato, mas o próprio objeto cuja guarda é confiada a outrem. Nesse sentido era empregada no art. 784 do Código Comercial.

319. Sistema legal – Antes da vigência do Código Civil de 2002, o contrato de depósito civil era regulado pelo Código Civil de 1916 (arts. 1.265 a 1.281) e o contrato de depósito mercantil, pelo Código Comercial de 1850 (arts. 280 a 288 e 87 a 96). As normas do Código Civil de 1916 eram consideradas supletivas das do Código Comercial de 1850.

O Código Civil de 2002 trata do depósito na Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), Título VI (Das Várias Espécies de Contrato), Capítulo IX (Do depósito), nos arts. 627 a 652. O Capítulo IX divide-se em duas Seções: Seção I (Do depósito voluntário); e Seção II (Do depósito necessário).

“Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame” (Código Civil, art. 627). “O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão” (Código Civil, art. 628). “O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo” (Código Civil, art. 645). Até 2002, o art. 286 do Código Comercial, de 1850, mandava que as disposições relativas ao contrato de penhor mercantil fossem aplicadas ao depósito comercial.

Os depósitos de mercadorias em armazéns gerais são regulados pelo Decreto nº 1.102, de 23.11.1903; e os prazos para os contratos de depósito regular e voluntário de qualquer espécie são estipulados pela Lei nº 2.313, de 03.09.1954, regulamentada pelo Dec. nº 40.395, de 21.11.1956. A Instrução Normativa nº 70, de 28.12.1998, “dispõe sobre a matrícula e hipóteses de seu cancelamento de administradores de armazéns gerais e trapicheiros”.

O Código Civil regula o depósito nos arts. 627 a 652. Nos arts. 627 a 646 trata do depósito *voluntário*; nos arts. 647 a 652 refere-se ao depósito *necessário*. Os depósitos *judiciais* e extrajudiciais de tributos e contribuições federais são tratados na Lei nº 9.703, de 17.11.1998 e no Decreto nº 2.850, de 27.11.1998, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 6.179, de 02.08.2007. Os depósitos de dinheiro em estabelecimento bancário ficam sujeitos às leis, estatutos e regulamentos dessas instituições e, por tal razão, neste livro, serão tratados no capítulo referente aos contratos bancários.

O Código de Processo Civil de 1973 trata da *ação de depósito*, que é a que tem por fim a restituição da coisa depositada (segundo a redação dada ao art. 901 pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973). Referem-se a essa ação os arts. 901 a 906 do Código. Inicia-se ela com uma petição do autor, instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, na qual ele pede a citação do réu para, no prazo de cinco dias, entregar a coisa, depositá-la em Juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro, e contestar a ação. Poderá, ainda, o autor pedir que seja cominada ao réu a pena de prisão, até um ano, prisão essa que o juiz decretará se julgada procedente a ação e, ordenada a entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro, em 24 horas, o réu não cumprir o mandado. Em sua defesa o réu poderá alegar, além da nulidade ou falsidade do título e da extinção das obrigações, as defesas permitidas na lei civil, de acordo com a redação dada ao § 2º do art. 902 pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973.

Estabelece, também, o Código (art. 905) que, sem prejuízo do depósito ou da prisão do réu, é lícito ao autor promover a *busca e apreensão da coisa*; sendo esta encontrada ou entregue voluntariamente pelo réu, cessará a prisão e será devolvido o equivalente em dinheiro. Não sendo, entretanto, recebida a coisa ou o equivalente em dinheiro, poderá o autor prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe for reconhecido na sentença, observando-se o procedimento da execução por quantia certa (Código de Processo Civil, art. 906).

A pena de prisão do depositário infiel já esteve consignada no art. 284 do Código Comercial, que se fundava no que a respeito estatuiu a Ord. 4, 76, § 5º; a Constituição de 1934, porém, aboliu a prisão por dívidas (art. 113), revogando assim, os dispositivos do Código Comercial (art. 284) e do Código (art. 1.287). Interpretando, entretanto, o assunto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “não se considera prisão por dívida a decretada contra o depositário, como meio compulsório, para a restituição do depósito”.¹ A Constituição de 1946, resolvendo de vez o assunto, estatuiu, no art. 141, § 32, que:

“Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.”

A Constituição de 1967 manteve o mesmo dispositivo (art. 150, § 17). No mesmo sentido, o nº LXVII do art. 5º da Constituição de 1988.

1 Cf. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Anotado*, vol. 5, anot. ao art. 1.287.

320. Características – Caracteriza-se o *depósito*, diferenciando-se dos demais contratos, pelo fato de ser confiada a uma pessoa *coisa móvel* para guarda, devendo dita coisa ser restituída quando a pedir o depositante. Daí se conclui que não há, no Direito brasileiro, depósito de coisas *imóveis*, muito embora algumas legislações aceitem o depósito de imóveis (Código Civil argentino, art. 2.182: “O contrato de depósito se verifica quando uma das partes se obriga a guardargratuitamente uma coisa móvel ou *imóvel* que a outra lhe confia e a restituir a mesma e idêntica coisa”). Por outro lado, a entrega da coisa para guardar deve ser o ato principal do contrato e não ato meramente acessório; em tais condições, se a guarda da coisa se faz em decorrência de um outro contrato, como, por exemplo, no penhor, em que a coisa apenhada é entregue à guarda do credor como garantia do pagamento da obrigação principal, não se tem o contrato de depósito.² Assim sendo, o que caracteriza o depósito, como contrato autônomo, é a guarda da coisa móvel por alguém que a recebe de outro para esse fim.

Uma segunda característica do contrato de depósito é o fato de que a coisa deve ser restituída ao depositante quando por este reclamada. Se bem que, em alguns casos, possa o depositário reter a coisa ou deixar de entregá-la (se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida (art. 623 do Código Civil). Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos (Código Civil, art. 652).

321. Modalidades de depósito: depósito civil e depósito mercantil – Antes da vigência do Código Civil de 2002, o contrato de depósito civil era regulado pelo Código Civil de 1916 (arts. 1.265 a 1.281) e o contrato de depósito mercantil, pelo Código Comercial de 1850 (arts. 280 a 288 e 87 a 96). O art. 280 do Código Comercial dispunha que só teria a natureza de depósito mercantil o que fosse feito por causa proveniente do comércio, em poder do comerciante ou por conta do comerciante. Essa orientação do Código Comercial dava lugar a divergências por parte dos autores. Com a superveniência do Código Civil de 2002, a divergência que envolvia a modalidade de depósito mercantil ficou superada. Hoje, a expressão depósito mercantil designa aquele resultante de atividade negocial ou aquele que o depositário pratica por profissão (Código Civil de 2002, art. 628).

322. Classificação – Hoje, pode-se afirmar que, o contrato de depósito é: a) *bilateral*, gerando obrigações para o depositante e para o depositário; b) *real*, só se aperfeiçoando com a entrega da coisa; e, c) regra geral, *gratuito*, já que, sem ser estipendiado pelo seu trabalho, o depositário tem, entretanto, a obrigação de guardar e conservar a coisa que lhe é confiada; d) excepcionalmente *oneroso*: se houver convenção nesse sentido; se resultante de atividade negocial; ou se o depositário o

2 Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, t. II, vol. VI, nº 1.057; Orlando Gomes, *Contratos*, Ed. Forense, 1959, p. 363.

praticar por profissão; nestas duas últimas hipóteses, o contrato de depósito pode ser chamado de mercantil ou empresarial.

323. Prazo – O contrato de depósito poderá ser ajustado entre as partes por *tempo determinado* ou *indeterminado*. No primeiro caso vence-se o depósito com a extinção do prazo; no segundo, o vencimento se dará no momento em que o depositante exigir a devolução da coisa dada em custódia ou quando o depositário, não desejando mais guardar a coisa, devolvê-la ao depositante. Ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, não a possa guardar, e o depositante não queira recebê-la (Código Civil, art. 635). Em qualquer hipótese, entretanto, seja o depósito a prazo determinado ou não, tem o depositário a obrigação de entregar a coisa ao depositante quando este a exigir, ainda mesmo que o prazo do contrato não esteja vencido, salvo se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se este tiver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi furtada ou roubada, quando o depositário, expondo o fundamento da suspeita, deverá requerer que o objeto seja recolhido a depósito público (Código Civil, arts. 633 e 634).

Leis especiais, entretanto, regulam o prazo do vencimento dos contratos de depósito regular e voluntário de bens de qualquer espécie (Lei nº 2.313, de 03.09.1954, e Dec. nº 40.395, de 21.11.1956). Assim é que, segundo o art. 1º da Lei nº 2.313, de 03.09.1954, aqueles contratos se extinguem no prazo de 25 anos, podendo, entretanto, ser renovados por expressa aquiescência das partes. Extintos os contratos pelo decurso do prazo, serão os bens depositados recolhidos ao Tesouro Nacional e neste devidamente relacionados em nome de seus proprietários, devendo ser dada publicidade do recolhimento, no *Diário Oficial* e na imprensa local. Pelo prazo de cinco anos permanecerão no Tesouro; findo esse período, se não forem reclamados, serão incorporados ao Patrimônio Nacional.

O mesmo acontecerá com os créditos resultantes de contratos de qualquer natureza, que se encontrarem em poder de estabelecimentos bancários, comerciais, industriais e nas Caixas Econômicas, que não tenham sido reclamados ou movimentadas as respectivas contas pelos credores por mais de 25 anos. Decorrido esse prazo, serão os créditos recolhidos ao Tesouro Nacional, dando-se publicidade de tal recolhimento. Escriturados em conta especial, sem juros, à disposição dos seus proprietários ou sucessores, os créditos se transferirão ao Patrimônio Nacional se não forem reclamados dentro de cinco anos (Lei nº 2.313, de 03.09.1954, art. 2º). A lei, entretanto, excetua desse recolhimento os *depósitos populares* feitos nos estabelecimentos mencionados, que são imprescritíveis, bem como os casos para os quais a lei determine prazo prescricional inferior a 25 anos, vale como reclamação dos créditos e movimentação das contas a apresentação ou remessa, aos ditos estabelecimentos, da caderneta de depósito, para contagem ou lançamento de juros, ou de qualquer documento pelo qual os credores acusem ciência dos seus saldos ou queiram deles conhecer, ressalvados também os meios idôneos admitidos em lei. Por último, em tempo de guerra, enquanto esta durar, suspendem-se, em favor dos credores, os prazos mencionados, desde que ditos credores estejam a serviço

das forças armadas, dentro ou fora do país (Lei nº 2.313, de 03.09.1954, art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º).

324. Elementos do contrato de depósito mercantil – São elementos necessários para a caracterização do depósito que a coisa depositada consista em *bens móveis*, que haja *tradição efetiva* da coisa para o depositário e que o mesmo contrato seja *provado por escrito*. Assim sendo, se a coisa dada em depósito consiste em um *imóvel*, ou se não se faz a tradição, mesmo sendo móvel, ao depositário; ou, ainda, apesar de se tratar de bem móvel que foi efetivamente entregue ao depositário, não foi o contrato constituído *por escrito*, não se terá depósito. Como já vimos, com a superveniência do Código Civil de 2002, a divergência que envolvia a modalidade de depósito mercantil ficou superada. Hoje, a expressão depósito mercantil designa aquele resultante de atividade negocial ou aquele que o depositário pratica por profissão (Código Civil de 2002, art. 628).

325. Espécies de depósito: depósito voluntário, depósito necessário e depósito judicial – O depósito pode ser feito por convenção entre as partes, em virtude de disposição legal, ou judicialmente. Daí ser o depósito dividido igualmente em três espécies diversas: o depósito *convencional* ou voluntário, o depósito *necessário* e o depósito *judicial*.

Nessas três espécies de depósito somente a primeira, ou seja, o depósito *voluntário* ou *convencional*, resulta da manifestação da vontade das partes interessadas. O depósito *necessário* decorre de dispositivo legal, ou, como dispõe o art. 647, I, do Código Civil, “se faz em desempenho de obrigação legal”, igualmente se efetuando “por ocasião de alguma calamidade, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque” (casos em que é chamado de *miserável*) (Código Civil, art. 647, II); não há, portanto, nesse depósito, acordo de vontades, como igualmente não há no depósito *judicial*, pois este depende de uma decisão do juiz. Em tais condições, das mencionadas espécies de depósito só o *voluntário* ou *convencional* é resultante da livre manifestação da vontade dos interessados e, portanto, um *contrato*.

Acontece, entretanto, que, apesar de ser o depósito *necessário* o que se faz em desempenho de obrigação legal, regendo-se, assim, pelas disposições da lei específica, e só no silêncio ou deficiência desta, pelas disposições concernentes ao depósito voluntário (Código Civil, arts. 647, I, e 648), a lei equipara a estes o das bagagens dos viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens ou casas de pensão em que estiverem (Código Civil, art. 649).

Em seguida, estudaremos o depósito *voluntário*, que é um contrato, e o depósito *necessário*, na parte que se refere ao depósito de bagagens nas hospedarias, em virtude de ser essa atividade de natureza empresarial, se bem que o depósito necessário não constitua contrato.

I – Depósito voluntário ou convencional

326. Conceito – Chama-se *voluntário* ou *convencional* o depósito que é feito mediante o acordo de vontades de duas pessoas, naturais ou jurídicas, entregando

uma à outra, para guarda e conservação, coisa móvel e obrigando-se a que recebe a tê-la sob custódia e devolvê-la quando se extinguir o prazo combinado ou quando lhe for requerida. Esse é o conceito extraído do art. 627 do Código Civil, que também serviu para definir o contrato de depósito de que acima tratamos.

O depósito *voluntário* pode ser *regular* ou *irregular*. Diz-se *regular* quando o depositário assume a obrigação de restituir *a mesma coisa* recebida; *irregular* é o depósito de coisas fungíveis, em que o depositário assume a obrigação de devolver *não a mesma coisa* que recebeu, mas coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Apesar da semelhança com o contrato de mútuo, o depósito irregular será regulado pelas disposições aplicáveis àquele; porém jamais poderá ser chamado de empréstimo, já que deve assegurar a disponibilidade da coisa. “O depositário, ao guardá-la, não aumentará o seu patrimônio, visto que do seu ativo sempre será excluído o valor representativo do *quantum* depositado, sujeito à restituição a qualquer momento, o que não ocorrerá ao patrimônio do devedor.”³

a) Depósito regular

327. Conceito – Como acima ficou dito, no *depósito regular* o depositário recebe para garantia e conservação coisa móvel e assume a obrigação de devolvê-la ao depositante, findo o prazo estipulado ou quando este a reclamar. Não há, de tal modo, transferência da propriedade da coisa depositada do depositante para o depositário. Este apenas recebe a coisa para guarda e conservação, mas dela não pode dispor, uma vez que sobre esta tem apenas a posse, não o domínio.

328. Forma e prova – O contrato de depósito regular não tem forma solene, mas só pode ser provado por escrito (Código Civil, art. 646). O instrumento poderá ser público ou particular, incluindo-se nessa modalidade, as cartas-missivas. Em se tratando de instrumento particular, deverá ser lavrado em duplicata, ficando uma via com cada um dos contratantes; e tanto o depositante como o depositário têm poderes para levar o instrumento à transcrição no Cartório de Títulos e Documentos.

Deverá o instrumento do contrato de depósito conter determinadas enumerações. O art. 645 do Código Civil diz que o depósito de coisas fungíveis se regulará pelo disposto acerca do mútuo. E o art. 647, II, dispõe que o depósito necessário que se faz em desempenho de obrigação legal se rege pela disposição da respectiva lei, e, no silêncio ou deficiência dela, pelas disposições concernentes ao depósito voluntário.

329. Divisibilidade do depósito – A coisa móvel dada em depósito *pode ser divisível ou não*. Por outro lado, poderá o depósito ser feito por uma ou mais pessoas. Se o depósito for feito por duas ou mais pessoas e a coisa depositada por divisível, o depositário entregará a cada uma apenas a respectiva parte. Essa regra

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2001, vol. 3 – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, p. 294.

só deixará de aplicar-se se, entre os depositantes, houver solidariedade. Em tal caso, o depositário poderá entregar a um só dos depositantes toda a coisa, conforme esclarece o art. 639 do Código Civil.

330. Obrigações do depositário – O depósito é, em regra, um contrato gratuito, *unilateral*, criando obrigações apenas para uma das partes, no caso, o depositário. O depósito resultante de atividade negocial, ou se o depositário o pratica por profissão, dado o seu caráter oneroso, é sempre *bilateral* e, como tal, gera obrigações tanto para o depositário como para o depositante.

O Código Civil de 2002 dispõe cuidadosamente sobre as obrigações do depositário. São obrigações do depositário guardar e conservar a coisa depositada, com “o cuidado e a diligência que costuma com o que lhe pertence, conservando-a tal qual a recebeu do depositante, bem como restituí-la, com os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante”. O depositário não poderá, sob pena de responder por perdas e danos: a) utilizar-se do objeto dado em depósito; b) dar a coisa em depósito a outrem; se o depositário, devidamente autorizado, confiar a coisa em depósito a terceiro, será responsável se agiu com culpa na escolha deste. Salvo disposição em contrário, a restituição da coisa deve dar-se no lugar em que tiver de ser guardada; e as despesas de restituição correm por conta do depositante. A lei esclarece que “se o depósito se entregou fechado, colado, selado ou lacrado, nesse mesmo estado se manterá”; o art. 1.267 do Código Civil de 1916 acrescentava a esse dispositivo que, se o objeto entregue fechado, colado, selado ou lacrado fosse devassado o depositário incorria na presunção de culpa. O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira.

No depósito *voluntário* podem as partes, como acima ficou dito, convencionar um prazo para a devolução do objeto. Mesmo assim, entretanto, se, antes de decorrido o prazo, o depositante requerer a entrega do objeto, tem o depositário a obrigação de devolvê-lo (Código Civil, art. 633); excetuam-se apenas os casos em que o objeto está judicialmente embargado, ou quando sobre ele pender execução notificada ao depositário ou se este tiver motivo razoável para suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida. Nesta última hipótese, o depositário, expondo o fundamento da suspeita, requererá que se recolha o objeto ao Depositário Público (Código Civil, art. 634). Não poderá o depositário negar-se à restituição do objeto, alegando que este não pertence ao depositante ou opondo compensação; excetua-se, apenas, o caso em que o depósito se funda em outro depósito (Código Civil, art. 638).

Se, por acaso, o depositário recusar a devolver o depósito, será compelido a fazê-lo, sob pena de prisão e de ressarcir os prejuízos sofridos pelo depositante (Código Civil, art. 652). Esse é um dos raros casos de prisão civil existente no Direito brasileiro. Discute a doutrina⁴ se se trata de uma verdadeira *pena* ou se tal

4 Orlando Gomes, *Contratos*, nº 253, p. 371.

prisão é apenas um meio de compelir o depositário faltoso a fazer a devolução do objeto que está sob guarda. Seja como for, a prisão do depositário infiel, que havia sido suprimida pela Constituição de 1934, foi mantida pela de 1946 (art. 141, § 32), pela de 1967 (art. 150, n° 17) e pela de 1988 (art. 5°, LXVII), e o seu processo está regulado pelo Código de Processo Civil, arts. 901 a 906.

Contudo, sobre o tema da prisão de depositário infiel, tem evoluído a jurisprudência brasileira. No caso da Ação de Depósito (art. 902, § 1°, do CPC), e tantos outros contratos que preveem expressamente a cominação da pena de prisão ao depositário infiel, houve, no ano de 2008, uma histórica decisão do Supremo Tribunal Federal declarando que esses dispositivos infraconstitucionais e a própria previsão constitucional (art. 5°, LXVII) contrariavam textos de tratado internacional de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil (Pacto de San José da Costa Rica).⁵

O Supremo Tribunal Federal vinha decidindo pela legalidade da prisão do depositário infiel, tendo, inclusive, sumulado seu entendimento (Súmula n° 619). No entanto, em decorrência de emenda constitucional (Reforma do Judiciário), que deu maior magnitude aos tratados internacionais de Direitos Humanos que sejam ratificados pelas Casas Legislativas brasileiras por meio de *quorum* especial de 3/5 (art. 5°, § 3°, da CF), o tribunal reviu seu entendimento.

Embora o principal Pacto internacional, que impede a prisão do depositário infiel, seja anterior à emenda supracitada, é inequívoco que, desde a promulgação do texto de 1988, os Direitos Humanos passaram a ter tratamento especial do Poder Público no país, especialmente pelo Poder Judiciário, na sua atuação para a concretização do Direito. Para o Supremo Tribunal Federal, calcado nos sempre sábios ensinamentos de Cançado Trindade, as *normas internacionais de Direitos Humanos incorporam-se ipso jure ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados*.⁶

331. Obrigações do depositante – Já vimos que o contrato de depósito é excepcionalmente oneroso: a) se houver convenção nesse sentido; b) se resultante de atividade negocial; ou c) se o depositário o praticar por profissão; e que, nessas hipóteses, ele pode ser chamado de mercantil ou empresarial. O contrato de depósito mercantil ou empresarial, dado o seu caráter oneroso, é sempre bilateral, e gera, também, obrigações para o depositante, o que comumente não ocorre nos demais depósitos.

A primeira dessas obrigações consiste em pagar ao depositário a remuneração convencional. Se não tiverem as partes convencionalizado o valor da remuneração, essa será feita de acordo com os usos do lugar e, na falta destes, por arbitramento (Código Civil, art. 628). Além dessa obrigação, compete ao depositante reembol-

5 Recurso Extraordinário n° 466.343-1/SP, julgado em 03.12.2008, publicado em 05.06.2009.

6 CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. "Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional", in *Arquivos de Direitos Humanos 1*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 46-47. *Apud* Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Extrato de voto no Recurso Extraordinário n° 466.343-1/SP.

sar o depositário das despesas feitas com a conservação da coisa, bem como os prejuízos que provierem do depósito (Código Civil, art. 643). Caso o depositante não satisfaça essas despesas com a conservação da coisa ou os prejuízos sofridos pelo depositário, este poderá reter o objeto dado em depósito ou exigir caução idônea até a liquidação das despesas ou, não sendo feita a caução, pedir a remoção da coisa para o depósito público até a liquidação final das despesas e prejuízos que forem apurados. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem (Código Civil, art. 644).

b) Depósito irregular

332. Conceito – Entende-se por *depósito irregular* aquele em que o depositário, recebendo uma coisa para guarda e conservação, se obriga a restituir *não a própria coisa recebida, mas outra do mesmo gênero*, qualidade e quantidade (Código Civil, art. 645). É esse depósito, como facilmente se pode compreender, de coisas *fungíveis*; mais comumente é o depósito de dinheiro, segundo o qual aquele que o faz não exige a devolução das mesmas moedas que entregou, mas simplesmente de moedas equivalentes, do mesmo gênero e qualidade e na mesma quantidade. Se, por exemplo, alguém faz o depósito de cédulas ou moedas convencionando que essas *mesmas* cédulas e moedas (e não outras equivalentes) lhe serão restituídas, não teremos depósito irregular, e sim depósito regular. O que caracteriza, pois, o depósito *irregular* é o fato de não serem os mesmos objetos depositados aqueles que devem ser restituídos; e tanto esse depósito pode versar sobre dinheiro como sobre mercadorias, desde que essas sejam fungíveis ou consumíveis. Assim, se alguém dá em depósito 100 sacas de milho de primeira qualidade para, depois de certo prazo, receber 100 sacas da mesma qualidade de milho, está fazendo um depósito *irregular*, já que não recebe em devolução a mesma mercadoria que depositou, mas mercadoria semelhante.

O *depósito irregular*, segundo a lei (Código Civil, art. 645), deve reger-se pelas normas que regulam o mútuo, se bem que não se confunda com esse contrato.⁷

333. Transferência da propriedade no depósito irregular – Ao contrário do que acontece com o depósito regular em que a propriedade do objeto depositado permanece com o depositante, no irregular essa se transfere ao depositário, ficando este apenas com a obrigação de restituir a coisa. Nisso o depósito irregular se aproxima do mútuo; mas, como já ficou esclarecido, o depositário tem a obrigação de devolver a coisa sempre que lhe for exigido pelo depositante, ainda mesmo que não tenha decorrido o prazo convencionado para a devolução. Esse fato afasta o depósito irregular do mútuo, pois, neste, o prazo para a entrega da coisa deve ser expressamente convencionado (Código Civil, art. 592), tendo o mutuário a obrigação de devolver a coisa ao mutuante, decorrido esse prazo.

7 Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, nº 251, pp. 369-370.

II – Depósito necessário

334. Conceito – Compreende-se por *depósito necessário* aquele que é feito em desempenho de obrigação legal ou por ocasião de alguma calamidade, tal como incêndio, inundação, naufrágio ou saque. O depósito necessário não é um contrato, já que não se origina de acordo de vontades de duas ou mais partes; é um ato que se impõe em virtude do interesse público ou social, regendo-se, contudo, na deficiência ou ausência da lei, pelas normas relativas ao depósito voluntário, na parte aplicável.

335. Depósito legal e depósito miserável – O depósito *necessário* pode, como ficou dito, decorrer de obrigação legal ou de uma calamidade imprevista. No primeiro caso, o depósito necessário toma o nome especial de *depósito legal* ou *obrigatório*; ao segundo dá-se o nome de *depósito miserável*.

336. Depósito de bagagem em hospedaria – A lei (Código Civil, art. 649) equipara ao depósito *miserável* o das bagagens de viajantes, hóspedes ou fregueses nas hospedarias (hotéis), estalagens ou casas de pensão. Em virtude de exercerem esses estabelecimentos atividade negocial, o contrato é oneroso e a remuneração pelo depósito está incluída no preço da hospedagem (Código Civil, art. 651).

Os hoteleiros e estalajadeiros respondem, como depositários, pela guarda das bagagens que lhes são confiadas, e, assim, delas não poderão dispor, segundo as regras comuns no tocante às obrigações dos depositários. Respondem, igualmente, pelos furtos e roubos que, em referidas bagagens, forem perpetrados pelos empregados ou pessoas admitidas nas estalagens, nos hotéis e nas hospedarias. Essa responsabilidade dos hospedeiros cessa, entretanto, se se provar que os furtos prejudiciais aos hóspedes, viajantes ou fregueses não podiam ter sido evitados ou se ocorreu força maior, tal como a invasão da casa, roubo à mão armada ou violências semelhantes (Código Civil, arts. 642, 649 e 650).

Os hospedeiros e estalajadeiros têm a obrigação de não recusar a entrega das bagagens sempre que os hóspedes o desejarem. Acontece, entretanto, que aqueles têm penhor legal sobre bagagens, móveis, joias ou dinheiro dos hóspedes pelas despesas feitas com a hospedagem (Código Civil, art. 1.467, I). Assim sendo, para os hóspedes poderem retirar as bagagens têm, necessariamente, que efetuar o pagamento da hospedagem. Se tal não acontecer, podem os hospedeiros reter as bagagens para garantia dos seus créditos, efetivando o penhor, mesmo antes de recorrer à autoridade judiciária, quando haja perigo de demora (Código Civil, arts. 1.470 e 1.471). O penhor legal deve ser homologado nos termos dos arts. 874 a 876 do Código de Processo Civil.

III – Depósito judicial

337. Conceito – Por último, uma terceira modalidade de depósito não contratual, se verifica quando o depositário, por motivo plausível, não pode guardar a coisa e o depositante não a quer receber (Código Civil, art. 635). Tem esse depósito o nome de *depósito judicial*.

EXTINÇÃO DO DEPÓSITO

338. Casos de extinção do contrato – Segundo já foi dito anteriormente, o depósito pode ser feito por tempo determinado ou indeterminado. Em qualquer hipótese, entretanto, o depositante pode, no momento em que lhe convier, requerer a coisa depositada, não sendo permitido ao depositário recusar a entrega. Em tais condições, extingue-se o contrato findo o prazo ajustado ou quando o depositário devolver a coisa ao depositante, por requerimento deste. Igualmente, o *depósito voluntário* ou *convencional* se extingue se o depositário faz depósito judicial da coisa, nos casos permitidos pela lei, ou seja, quando suspeitar que a coisa foi furtada ou roubada ou quando houver motivo plausível para não guardá-la (Código Civil, arts. 634 e 635). São, ainda, causas da extinção do contrato de depósito o aparecimento da coisa depositada e a incapacidade ou morte de alguma das partes contratantes.

DEPÓSITO EM TRAPICHES, ARMAZÉNS DE DEPÓSITO E ENTREPOSTOS

339. Trapiches, armazéns de depósito e entrepostos – O Código Comercial, nos arts. 87 a 98, tratava das funções e obrigações dos trapicheiros e dos administradores de armazéns de depósito, considerados, segundo o art. 35, como “agentes auxiliares do comércio”, do mesmo modo que os corretores, os agentes de leilões, os feitores, guarda-livros e caixeiros e os comissários de transportes. Já tivemos oportunidade de mostrar que, de todos os “agentes auxiliares do comércio” mencionados no art. 35 do Código, só podem realmente ser classificados nessa categoria os feitores, guarda-livros e caixeiros (nosso *Curso*, nº 131). Os demais são comerciantes, alguns com funções especializadas, como os corretores e leiloeiros, outros obedecendo às normas gerais dos comerciantes, como os empresários de transportes e os de armazéns de depósito e trapicheiros.

O Código Comercial de 1850 referindo-se aos trapicheiros e administradores de armazéns de depósito, não fazia a exata distinção entre trapicheiros e armazéns de depósito. A diferença, como acentua Carvalho de Mendonça, é mínima: “*trapiche* é o mesmo *armazém de depósito*, mas situado à beira-mar, à margem das enseadas, portos ou ancoradouros, molhes ou surgidouros, destinado a receber mercadorias importadas ou a exportar.”⁸

Entrepostos são lugares onde mercadorias sujeitas ao pagamento de impostos federais são depositadas por certo espaço de tempo. Dos entrepostos as mercadorias poderão ser reexportadas, distribuídas a consumo ou enviadas a outros entrepostos. Muitas vezes os entrepostos têm finalidade e regulamentação especiais, como, entre nós, os entrepostos de pesca, disciplinados pelo Código de Pesca, Decreto-Lei nº 221, 28.02.1967, e seu Regulamento, Decreto nº 64.618, de 02.06.1969. A criação dos entrepostos depende sempre do Governo.⁹

8 Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, 2ª parte, nº 1.075, nota 2.

9 O Dec.-Lei nº 8.439, de 24.12.1945, regula os serviços de armazenagem nos portos organizados. Os entrepostos de exportação tiveram suas normas alteradas pela Instrução Normativa da Receita Federal nº 4/82.

340. Direitos e obrigações dos trapicheiros e administradores de armazéns de depósito – Os trapicheiros e administradores de armazéns de depósito, que o Código Comercial reputava “agentes auxiliares do comércio” (Código Comercial de 1850, art. 35, nº 4), são, na realidade, empresários e, como tais, sujeitos às regras do Direito Empresarial no tocante aos empresários em geral. Como, entretanto, exercem função específica, há normas particulares que somente a eles são impostas em virtude da peculiaridade de suas atividades.

Os depósitos de mercadorias em armazéns gerais são regulados pelo Decreto nº 1.102, de 23.11.1903; e os prazos para os contratos de depósito regular e voluntário de qualquer espécie são estipulados pela Lei nº 2.313, de 03.09.1954, regulamentada pelo Dec. nº 40.395, de 21.11.1956.

Têm os trapicheiros e administradores de armazéns de depósito e entrepostos direito à percepção de uma remuneração pelo depósito das mercadorias que lhes são confiadas (Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, art. 14); essa remuneração será a constante das tarifas aprovadas para tais armazéns ou, na sua falta, a de uso local. Não pagando os depositantes a armazenagem devida, poderão as mercadorias ser retidas até a satisfação das despesas. A decretação da falência suspende o exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial (Lei nº 11.101, de 09.02.2005).

Como os depositários em geral, os trapicheiros, administradores de armazéns de depósito ou de entrepostos têm a obrigação de guardar e zelar pela conservação das mercadorias que lhes são confiadas, podendo, inclusive, fazer despesas por conta dos depositantes para que estas não se deteriorem. Essas despesas serão reembolsadas na retirada das mercadorias.

Têm, ainda, os trapicheiros e administradores de armazéns de depósito e entrepostos a obrigação de possuir *livros especiais para a entrada e saída das mercadorias*, devendo esses livros estar revestidos de formalidades legais e ser escriturados sem espaço em branco, entrelinhas, raspaduras, borraduras ou emendas (Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, art. 7º). Das mercadorias recebidas, passarão recibo em que são declarados as qualidades, as quantidades, o número e as marcas, fazendo pesar, contar ou medir, no ato do recebimento, aquelas que são suscetíveis de ser pesadas, medidas e contadas. Respondem, por fim, por todos os riscos do ato da carga e descarga das mercadorias recebidas, devendo entregá-las aos seus donos sempre que lhes for requerido. Como os depositários em geral, os trapicheiros e administradores de armazéns de depósito e de entrepostos respondem pelos furtos acontecidos dentro dos seus estabelecimentos, salvo se cometidos por força maior, que deverá ser provada, e pelas malversões e omissões dos seus empregados.

341. Fiscalização – A fiscalização das atividades dos trapiches, armazéns de depósito e entrepostos compete às Juntas Comerciais (Lei nº 8.934, de 18.11.1994, art. 32, I) e também à Secretaria da Receita Federal.

DEPÓSITO EM ARMAZÉNS-GERAIS

342. Conceito de armazéns-gerais – Por *armazéns-gerais* compreendem-se empresas que têm por finalidade a guarda e conservação de mercadorias, com a faculdade de emissão, quando requerida, de títulos especiais que as representem e que poderão circular, conjunta ou separadamente, mediante endosso dos seus proprietários. Os títulos emitidos pelos armazéns-gerais têm os nomes de *conhecimento de depósito* e *warrant*. A transferência, por endosso, dos dois títulos juntos dá ao cessionário o direito de dispor livremente da mercadoria depositada. Se a transferência é apenas do *warrant*, o cessionário tem o direito de penhor sobre a mercadoria; se somente do *conhecimento de depósito*, fica com a faculdade de dispor da mercadoria, ressalvados, contudo, os direitos do credor pignoratício, portador do *warrant*.

Regula o funcionamento, direitos e obrigações das empresas de armazéns-gerais o Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, com as alterações da Lei Delegada nº 3, de 26.09.1962. O projeto desse decreto foi de autoria de Carvalho de Mendonça.

343. Constituição das empresas de armazéns-gerais – As empresas de armazéns-gerais podem ser constituídas por pessoas físicas ou jurídicas, aptas para o exercício da atividade empresarial. Para tanto, deverão os interessados fazer uma declaração à Junta Comercial da qual, se a organizadora dos armazéns for sociedade, constará o seu nome empresarial (firma ou denominação), o capital da empresa e o domicílio; a denominação, situação, o número, a capacidade, comodidade e segurança dos armazéns; a natureza das mercadorias que receberão em depósito e as operações e os serviços a que se propõem. As empresas de armazéns-gerais se regerão por um regulamento interno, próprio a cada uma. Uma cópia desse regulamento e do da sala de vendas públicas que os armazéns poderão possuir, anexa aos mesmos, para vendas voluntárias dos gêneros e das mercadorias em depósito, deverá ser junta à declaração. Por último, é necessário que os organizadores a esses documentos adicionem a tarifa remuneratória do depósito e dos demais serviços a serem prestados pelos armazéns, bem como, quando a organizadora por uma pessoa jurídica, a certidão do contrato social ou os estatutos devidamente registrados (Dec. nº 1.102, de 21.11.1903, arts. 1º e 28).

Uma vez verificado que o regulamento interno não infringe os preceitos da lei, a Junta Comercial fará o registro da empresa de armazéns-gerais, publicando, por edital, no *Diário Oficial* e em outro jornal de grande circulação, dentro de um mês, contado da matrícula, as declarações, o regulamento interno e a tarifa. Um exemplar do jornal que fizer a publicação será afixado na Junta. Feito, o empresário assinará termo de responsabilidade, como fiel depositário dos gêneros e das mercadorias que receber. Para conhecimento de terceiros será dada publicidade à assinatura desse termo. Só a partir desse momento poderão as empresas de armazéns-gerais iniciar os seus serviços (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 1º, §§ 1º e 2º).

O regulamento interno, a tarifa e as instruções oficiais que visarem sobre armazéns-gerais serão afixados na porta principal do estabelecimento, em lugar

visível, para conhecimento de terceiros, devendo, ainda, ser impressos para distribuição aos interessados (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 5º).

344. Peculiaridades dos armazéns-gerais – Os armazéns-gerais funcionam como armazéns de depósito de mercadorias e, desse modo, o contrato feito entre as empresas e os depositantes é um contrato de depósito. A sua peculiaridade reside no fato de poderem eles emitir títulos que podem ser transferidos a terceiros pelo depositante, já representando a cessão integral da mercadoria (quando os dois títulos, *conhecimento de depósito* e *warrant*, são cedidos unidos), já significando apenas o penhor desta (quando se faz apenas a transferência do *warrant*), já, por último, representando a cessão da mercadoria, salvo o direito de penhor que tem o portador do *warrant* (transferência do conhecimento de depósito).

O contrato de depósito em armazéns-gerais se aperfeiçoa mediante a entrega efetiva das mercadorias; e, como o depósito comum, um contrato *real, bilateral*, já que cria obrigações para o depositário (manter em guarda e conservação as mercadorias e emitir, a requerimento do depositante o conhecimento do depósito e o *warrant*) e para o depositante (pagar o preço do depósito, segundo as tarifas aprovadas). É, igualmente, um contrato *oneroso*, já que a prestação de serviços por parte do depositário requer, sempre, remuneração do depositante.

345. Prova e prazo do depósito nos armazéns-gerais – Os armazéns-gerais, ao receberem as mercadorias para guarda e conservação, passarão um recibo em que devem ser especificados sua natureza, quantidade, seu número e suas marcas. Se as mercadorias forem suscetíveis de serem pesadas, medidas ou contadas, a pesagem, medição e contagem devem ser feitas por ocasião do recebimento. Recebendo os armazéns as mercadorias, ficarão estas à disposição dos seus donos, que a qualquer momento as poderão retirar. Os recibos passados pelos armazéns servem de prova do depósito; deverão ser eles devolvidos aos armazéns na retirada das mercadorias ou quando ao depositante forem entregues, a seu pedido, o conhecimento de depósito e o *warrant*, já que esses dois títulos atestam o depósito das mercadorias nos armazéns-gerais, substituindo, assim, o recibo da entrega.

Se as mercadorias, pertencendo a donos diversos, forem da mesma natureza e qualidade, poderão ser guardadas misturadas, devendo, entretanto, os armazéns dispor de lugares próprios para esse depósito e estar aparelhados para o bom desempenho do serviço. Não se trata, no caso, de depósito irregular, pois a propriedade das mercadorias não passa para os armazéns; apenas tratando-se de coisas fungíveis, não fica o depositário obrigado a devolver as mesmas que lhe foram entregues, mas outras da mesma qualidade, respondendo, ainda, pelas perdas e avarias que se verificarem, mesmo que resultantes de força maior (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 12, § 1º).

O prazo para depósito das mercadorias é limitado a seis meses (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 10), a contar da data da entrega dos armazéns. Pode, contudo, por convenção das partes, esse prazo ser prorrogado. As mercadorias estrangeiras, su-

jeitas a direitos de importação, e sobre os quais tenham sido emitidos conhecimento de depósito e *warrant*, poderão ter o seu prazo de depósito prorrogado até mais um ano, se o seu estado garantir o pagamento integral de referidos direitos, armazenagens e as despesas e os adiantamentos feitos pelos armazéns com fretes, seguros, comissões e juros (art. 14).

Vencido o prazo do depósito, a mercadoria será considerada abandonada, devendo o armazém-geral dar aviso ao depositante, marcando-lhe o prazo de oito dias improrrogáveis para a sua retirada, mediante a devolução do recibo de depósito, ou, se tiverem sido emitidos o conhecimento e o *warrant*, desses dois títulos. Se, ainda assim, o depositante não retirar a mercadoria, o armazém-geral fará vendê-la em leilão público, por corretor ou leiloeiro, devendo esse leilão ser anunciado com a antecedência de, pelo menos, três dias. Do produto da venda serão retiradas as importâncias relativas aos direitos e impostos que forem devidos à Fazenda Federal, as comissões e despesas de anúncios dos leiloeiros e corretores, as despesas da armazenagem e outras feitas pelo armazém-geral, o crédito devido ao portador do *warrant*, acrescido dos juros convencionais e da mora de 6% ao ano e as despesas de protesto do *warrant*, sendo o saldo entregue ao proprietário das mercadorias ou, se este não o procurar, depositado judicialmente por conta de quem pertencer (arts. 10, §§ 1º e 3º, e 26, § 1º).

Dentro do prazo do depósito podem as mercadorias depositadas ser retiradas de uma só vez ou parceladamente: neste último caso, serão anotadas no verso do recibo de depósito as quantidades retiradas (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 6º). Também os portadores de conhecimento de depósito poderão retirar as mercadorias antes do vencimento do *warrant*, desde que depositem nos armazéns as importâncias relativas ao principal e juros do *warrant* até o vencimento e paguem os impostos fiscais, as despesas de armazenagem e outras, se houver (art. 22).

346. Livros especiais – As empresas de armazéns-gerais, dadas as suas características próprias, devem possuir livros especiais para escrituração de suas atividades. Assim, além dos livros obrigatórios a todos os empresários, a que se refere o art. 1.180 do Código Civil, são as empresas de armazéns-gerais obrigadas a possuir, revestido das formalidades extrínsecas de que trata o Código Civil, e escriturado rigorosamente dia a dia, um livro de *entrada e saída de mercadoria*, no qual serão registrados todos os depósitos feitos nos armazéns.

347. Direitos e obrigações dos armazéns e dos depositantes – As empresas de armazéns-gerais terão direito à percepção de uma remuneração pelas mercadorias depositadas, de acordo com a tarifa aprovada. Terão, também, o direito de fazer vender, em leilão público, as mercadorias que não forem retiradas no prazo convencionado e que forem consideradas abandonadas.

Poderão, ainda, reter as mercadorias depositadas para garantia do pagamento das armazenagens e despesas com a sua conservação, além de outras autorizadas pelos donos, inclusive adiantamentos feitos com frete e seguro (art. 14).

Por sua vez, não poderão os armazéns-gerais estabelecer preferência entre os depositantes a respeito de qualquer serviço, recusar o depósito, a não ser que a mercadoria que se deseja depositar não seja tolerada pelo regulamento interno: se não houver espaço para acomodação da mercadoria ou se, em virtude das condições em que ela se achar, vier a danificar as já depositadas; abater o preço marcado na tarifa em benefício de qualquer depositante; exercer o comércio de mercadorias idênticas às que se propõem receber em depósito; adquirir, para si ou para outrem, mercadorias expostas à venda em seus estabelecimentos, ainda que seja a pretexto de consumo particular, nem emprestar ou fazer, por conta própria ou alheia, qualquer negociação sobre os títulos que escriturem.

Ainda mais: os armazéns-gerais respondem pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presos os empresários, gerentes, administradores e superintendentes, sempre que não a efetuarem dentro de 24 horas depois que judicialmente forem requeridas. Cessa, porém, a responsabilidade nos casos de avarias ou vícios provenientes da natureza ou acondicionamento das mercadorias, e de força maior, exceto se houver convenção com o depositante para responsabilidade por parte dos armazéns por avarias, vícios intrínsecos, falta de acondicionamento ou força maior. Por último, respondem as empresas de armazéns-gerais pela culpa, fraude ou dolo dos seus prepostos e pelos furtos acontecidos aos gêneros e às mercadorias dentro dos armazéns, sendo a indenização correspondente ao preço da mercadoria em bom estado no lugar e no tempo em que devia ser entregue (Dec. nº 1.102, de 1903, arts. 11 e 37).

Reciprocamente, os depositantes têm a obrigação de pagar a remuneração do depósito constante da tarifa, e têm o direito de dispor livremente das mercadorias, já as penhorando, mediante a cessão do *warrant*, já as transferindo a outrem, pelo endosso dos dois títulos unidos. Têm, também, os depositários o direito de examinar e verificar, quando quiserem, o estado das mercadorias depositadas, exame e verificação que serão facultados, igualmente, aos interessados nelas, nos termos do que dispuser, quanto ao horário e cautelas, o regulamento interno (Dec. nº 1.102, de 1903, arts. 8º e 9º).

348. Fiscalização – Como já mencionado, a fiscalização das empresas de armazéns-gerais fica a cargo das Juntas Comerciais. A estas as empresas deverão enviar, até o dia 15 dos meses de janeiro, abril, julho e outubro, isto é, trimestralmente, um balanço, em resumo, das mercadorias entradas e saídas no trimestre anterior e das que existirem em depósito, como também a demonstração de movimentos dos títulos que emitirem, a importância dos valores que com os mesmos títulos forem negociados, as quantias consignadas pelos portadores dos conhecimentos de depósito antes do vencimento das dívidas constantes do *warrant* e o movimento das vendas públicas quando, junto aos armazéns, funcionarem salas de venda.

Até o dia 15 de março as empresas de armazéns-gerais apresentarão às Juntas Comerciais o balanço detalhado de todas as operações e serviços realizados no ano anterior, inclusive o movimento das salas de vendas públicas que a eles funciona-

rem anexas. Esse balanço será acompanhado de um relatório circunstanciado. As Juntas, quando julgarem conveniente, poderão mandar inspecionar os armazéns sob sua fiscalização, a fim de verificarem se os balanços apresentados estão exatos ou se as instruções ou regulamentos internos e as tarifas estão sendo fielmente cumpridos (Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, art. 13).

Segundo o art. 13, § 2º, do Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, “o Ministério da Fazenda, o da Indústria, Viação e Obras Públicas e as Juntas Comerciais poderão, sempre que acharem conveniente, mandar inspecionar os armazéns sob fiscalização, a fim de verificarem se os balanços apresentados estão anexos ou se têm fielmente cumpridas as instruções, o regulamento interno e a tarifa”.

349. Conhecimento de depósito e “warrant” – A característica essencial dos armazéns de depósito é a faculdade que têm eles de emitir, a pedido dos depositantes, o conhecimento de depósito e o *warrant* – títulos que servem para atestar a disposição da mercadoria e movimentação do crédito por parte do proprietário, muito o auxiliando nas suas transações comerciais. Apesar de serem esses títulos emitidos conjuntamente, são separáveis de acordo com a vontade dos depositantes. Cada um possui finalidades e características próprias, não se confundindo.¹⁰

Como regras comuns ao conhecimento de depósito e ao *warrant*, deverá cada um desses títulos ser à ordem, transmissível, assim, mediante endosso dos seus proprietários, e conter, além de sua designação própria, a denominação da empresa de armazém-geral e sua sede, o nome, a profissão e o domicílio do depositante ou de terceiro por ele indicado, o lugar e o prazo de depósito, a natureza e quantidade das mercadorias em depósito, designadas pelos nomes mais usados, na atividade empresarial, seu peso, o estado dos envoltórios e todas as marcas e indicações próprias para estabelecerem sua identidade; em se tratando de mercadorias fungíveis, a sua qualidade; a indicação do segurador da mercadoria e o valor do seguro, a declaração dos impostos e direitos fiscais, dos encargos e despesas a que a mercadoria está sujeita; a do dia em que começarem a correr as armazenagens; a data da emissão dos títulos e a assinatura do empresário ou pessoa devidamente habilitada por este para assiná-los (Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, art. 15). Esses são caracteres formais, que os títulos deverão possuir; se forem encontradas inexatidões e irregularidades no que diz respeito à quantidade, natureza e ao peso das mercadorias, responderão os armazéns-gerais, para com terceiros, pelos prejuízos sofridos.

Emitidos unidos, a pedido dos depositantes, o conhecimento de depósito e o *warrant* substituem o recibo de depósito da mercadoria, passado pelos armazéns-gerais ao lhes ser esta entregue. Só poderão, entretanto, esses títulos ser emitidos se sobre as mercadorias for feito seguro contra incêndio, sendo o seguro das mercadorias fungíveis feito em nome da empresa de armazéns-gerais, que ficará responsável pela indenização em caso de sinistro (Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, art. 16).

¹⁰ Também as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais, estaduais ou municipais, constituídas com o objeto de administrar e operar silos, armazéns frigoríficos e entrepostos podem emitir esses títulos sobre as mercadorias em depósito (Lei Delegada nº 3, de 1962, art. 2º).

Uma vez emitidos os títulos, fica o depositante munido de instrumentos capazes de operar a movimentação do crédito com suficiente garantia para aqueles com quem vai transacionar pois as mercadorias não poderão sofrer penhora, embargo, sequestro ou qualquer outro embaraço que prejudique a sua livre e plena disposição, a não ser na hipótese de perda do título, quando o interessado poderá requerer notificação judicial ao armazém para que não entregue a mercadoria caso seja ou tenha sido vendida por abandono ou por não ter sido pago o crédito do portador do *warrant* (Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, arts. 27, 23, § 1º, e 10, § 4º).

Poderão esses títulos, como já acentuamos, ser transferidos unidos ou separadamente. O meio eficaz para a transferência é o endosso. Este pode ser em preto ou branco. O endosso em preto traz o nome do endossante e o do endossatário, ao passo que o em branco menciona apenas o nome do endossante. Naturalmente, no *warrant*, o primeiro endosso será, necessariamente, em preto, isto é, trará o nome do endossatário, uma vez que esse endosso, de acordo com o art. 19 do Decreto nº 1.102, deve declarar a importância do crédito garantido pelo penhor da mercadoria, a taxa de juros e a data do vencimento, devendo tais declarações ser transferidas no conhecimento de depósito e assinadas pelo endossatário do *warrant*.¹¹

350. Função do conhecimento de depósito – O conhecimento de depósito tem por finalidade atestar a propriedade da mercadoria. É assim, um título representativo e a sua cessão opera a transferência de propriedade da mercadoria. Em tais condições, se alguém transfere um conhecimento de depósito está, na verdade, transferindo a propriedade e livre disponibilidade das mercadorias depositadas, pressupondo a transferência de uma venda.

A cessão do conhecimento, entretanto, não prejudica o penhor feito sobre as mercadorias através do *warrant*. Por isso é que a lei determina que o primeiro *warrant* seja transcrito no conhecimento de depósito; em tal caso aquele a quem o conhecimento é posteriormente transferido fica ciente de que sobre a mercadoria pesa o débito do penhor representado pela transferência do *warrant*. O novo proprietário do conhecimento responderá, assim, pelo pagamento do *warrant*, não podendo dispor livremente das mercadorias, a não ser que consigne a importância relativa ao *warrant*, se a dívida, naturalmente, não estiver vencida.

351. Função do “warrant” – O *warrant* é um título formal que, representando, como o conhecimento, as mercadorias depositadas, serve, precipuamente, de instrumento comprobatório de penhor que se faz sobre elas. Pelo contrato comum de penhor mercantil, para que esse se opere, a coisa apenhada deve ser entregue ao credor, como garantia do débito contraído. No caso especial do penhor sobre mercadorias depositadas em armazéns-gerais, não se faz a entrega da coisa ao credor; a simples transferência do *warrant* dá ao cessionário o direito de penhor sobre as mercadorias, ficando o seu proprietário com a obrigação de solver essa dívida quando delas se desfizer.

11 Sobre os títulos emitidos pelos armazéns-gerais, V. Sampaio de Lacerda, *Dos Armazéns-gerais e seus Títulos de Crédito* (Conhecimento de Depósito e “Warrant”). Ed. Forense, s/d.

Pode, entretanto, o adquirente do conhecimento de depósito aceitar a transferência desse título gravado de penhor, de acordo com as anotações nele transcritas, da importância da dívida, taxa de juros e data de vencimento. Em tal caso, não pode o cessionário do conhecimento de depósito retirar as mercadorias dos armazéns-gerais, a não ser consignando o preço, os juros e as despesas relativas ao penhor. Na realidade, ao adquirir as mercadorias, mediante a cessão do conhecimento de depósito, o cessionário adquiriu um bem gravado com uma dívida, pela qual passou a se responsabilizar; e a livre disposição das mercadorias sofre, por isso mesmo, restrição, donde facilmente se compreender a razão pela qual a lei estabelece que somente pode ser a mercadoria retirada dos armazéns-gerais mediante a devolução, a estes, do conhecimento do depósito e do *warrant*.

Daí, também se conclui que a primeira transferência do *warrant* só se pode verificar antes de ser cedido o conhecimento de depósito. Até então, o portador do conhecimento de depósito tem inteira disponibilidade das mercadorias depositadas, podendo, naturalmente, gravá-las como o penhor. Mas, uma vez transferido o *warrant*, e feitas no conhecimento de depósito as anotações necessárias, o portador daquele título poderá transferi-lo a terceiros, sem necessidade de aquiescência do portador do conhecimento, pois em tal caso se trata apenas de uma cessão do crédito garantido pelo penhor. Evidentemente, o segundo cedente não poderá aumentar o valor do penhor, já que a mercadoria que o garantirá não lhe pertence; por isso, também, o Decreto nº 1.102 (art. 18, § 1º) permite o endosso do *warrant* em branco, em tal caso sendo considerado credor aquele que, no vencimento, se apresentar com o título.

O *warrant* deve ser apresentado para pagamento da dívida nele consignada no dia do vencimento. A apresentação será feita ao primeiro endossador, que, desse modo, é o responsável principal, já que, segundo vimos, ao fazer a primeira transferência do *warrant*, o endossante tinha a inteira propriedade e disponibilidade da mercadoria, nesse momento possuindo também o consentimento do depósito. Não sendo, por acaso, o portador do *warrant* pago, no vencimento, pelo primeiro endossante, verificará se, no armazém-geral, está consignada a importância de que é credor, caso que ocorre se o portador do conhecimento de depósito retirou dos armazéns as mercadorias antes do vencimento do *warrant*. Assim não tendo acontecido, o portador do *warrant* fará protestar esse título, por intermédio do oficial de protesto, que deverá lavrar este nos três dias seguintes à apresentação, como ocorre com o protesto dos títulos cambiais, por falta de pagamento (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 23, § 1º).

Esse protesto tem por finalidade, em primeiro lugar, assegurar ao portador do *warrant* o direito de mandar vender, por corretor ou leiloeiro, as mercadorias depositadas, para, com o produto dessa venda, pagar-se de sua dívida; em segundo lugar, o protesto, como ocorre com o protesto da cambial, dá ao portador direito regressivo contra todos os endossatários que lhe são anteriores, para de qualquer deles haver seu crédito.

Para o pagamento desse crédito o portador do *warrant*, uma vez protestado o título, fará vender em leilão público, por intermédio de leiloeiros ou corretores as mercadorias depositadas, do produto da venda retirando o valor da dívida, acrescido dos juros. Se, por acaso, esse produto for insuficiente para o pagamento do débito, poderá o portador do *warrant* requerer a sua complementação por parte de qualquer dos endossatários que lhes estão anteriores. Aqueles que pagarem ficam, naturalmente, sub-rogados nos direitos do portador do título, pois todos são coobrigados solidários pelo pagamento da dívida.

Tendo o primeiro endossante pago a dívida constante do *warrant*, na data do vencimento, ficará com o direito de receber do portador do conhecimento de depósito, se este já foi transferido do seu proprietário original para terceiros, a importância desembolsada. Não sendo pago poderá o primeiro endossante que pagar fazer vender a mercadoria depositada, sem formalidades judiciais, do mesmo modo como acontece com o portador do *warrant*, que não é reembolsado no vencimento.

Se o portador do *warrant*, que for pago no vencimento, não protestar o título em tempo útil, por falta de pagamento, ou se, dentro de 10 dias, da data do protesto, não promover a venda da mercadoria, terá ação apenas contra o primeiro endossante e contra os endossantes do conhecimento de depósito (Decreto nº 1.102, art. 23, § 7º).

Perdido o *warrant*, deverá o fato ser comunicado ao armazém-geral e anunciado por três dias, no jornal de maior circulação na localidade (Decreto nº 1.102, art. 27). Se a perda for juntamente com o conhecimento de depósito, poderá o interessado obter duplicata dos títulos ou entrega da mercadoria.

352. Função do conhecimento do depósito e do “warrant” unidos – O conhecimento do depósito e o *warrant*, unidos, dão ao seu proprietário livre disposição da mercadoria depositada. De tal maneira, a cessão desses títulos, conjuntamente, equivale à transferência da propriedade da mercadoria. A cessão se fará mediante endosso em preto ou branco; e o cessionário terá o direito de transferir o conhecimento e o *warrant* conjunta ou separadamente, como se se tratasse de originário proprietário das mercadorias.

353. Emissão do conhecimento de depósito e do “warrant” por entidade que não armazéns-gerais – A emissão do conhecimento de depósito e do *warrant* em regra é privativa dos armazéns-gerais; entretanto, outras entidades poderão fazê-lo, em caráter excepcional, dependendo a emissão de determinação ou permissão do Governo.

Assim, poderão as alfândegas emitir o conhecimento de depósito e o *warrant* sobre as mercadorias depositadas em seus armazéns, desde que designadas pelo Governo e tenham instruções e tarifas baixadas pelo Ministério da Fazenda (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 2º). O mesmo acontecerá com as companhias de docas em cujos armazéns são recebidas mercadorias de exportação e importação e os concessionários de entrepostos e trapiches alfandegados, dependendo, entretanto, a emissão dos títulos de autorização especial do Governo (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 4º).

Uma vez feita a designação do Governo ou concedida a autorização, os armazéns das alfândegas, companhias de docas, de entrepostos e trapiches alfandegados ficarão equiparados aos armazéns-gerais, sujeitando-se, nesse tocante, à lei que os rege (Dec. nº 1.102, de 1903, art. 4º, parágrafo único).

VENDA PÚBLICA DE MERCADORIAS DEPOSITADAS

354. Salas de vendas – Anexas aos estabelecimentos em que funcionam, os armazéns-gerais poderão manter *salas de vendas*, destinadas às vendas públicas e voluntárias das mercadorias depositadas. Referidas salas deverão ser franqueadas ao público e os depositantes poderão ter, nelas, mostruários de suas mercadorias para exame daqueles que as desejem adquirir. As vendas serão realizadas por intermédio de corretores ou leiloeiros de livre escolha dos proprietários das mercadorias, devendo ser anunciadas pela imprensa com a especificação do dia, hora e condições do leilão, bem como as condições da entrega das mercadorias, número, natureza e quantidade de cada lote, os armazéns em que se acham e as horas em que podem elas ser examinadas. Esses anúncios, além de serem publicados na imprensa, serão afixados na sala onde a venda deve efetuar-se.

Como se verifica, nas salas de vendas processa-se a venda direta das mercadorias, ao contrário do que acontece com a cessão do conhecimento de depósito, em que a mercadoria é representada pelo título. Na primeira, o adquirente receberá dos armazéns, por intermédio do corretor ou leiloeiro, a própria mercadoria, enquanto que na cessão do conhecimento ele adquire o *direito* de receber a mercadoria, que é representada pelo título.

As vendas públicas, nas salas de vendas, serão sempre por atacado, não podendo cada lote ser de valor inferior a dois cruzeiros, tomando-se para base do cálculo a cotação média da mercadoria. Os anúncios especificando as condições da venda e entrega das mercadorias em geral dispõem sobre o prazo para o pagamento do preço por parte do arrematante. Assim acontecendo, o preço será devido no prazo marcado; se tal, entretanto, não se verificar, ou seja, se os anúncios não fixarem o prazo para o pagamento do preço, este será devido dentro de 24 horas depois da venda. Não efetuando o arrematante o pagamento do preço nesse período, a mercadoria será levada a novo leilão, *por sua conta e risco*, uma vez que, com a arrematação, ele se tornou proprietário dela. E por essa razão se, nesse novo leilão, a mercadoria não atingir o preço da arrematação anterior, será ele obrigado a completá-lo, perdendo, em benefício do vendedor, o sinal que houver dado. A cobrança da diferença de preço será fixada por ação executiva, nos termos dos arts. 646 e segs. do Código de Processo Civil de 1973.

XXVIII

CONTA CORRENTE

355. Noção – *Conta corrente* é o contrato segundo o qual duas pessoas convencionam fazer remessas recíprocas de valores – sejam bens, títulos ou dinheiro –, anotando os créditos daí resultantes em uma conta para posterior verificação do saldo exigível, mediante balanço. As partes contratantes têm o nome de *correntistas* ou *correspondentes*; desses correntistas denomina-se *remetente* o em favor de quem é lançado o crédito; *recipiente* é aquele que recebe o crédito e o lança, na conta a seu débito. As *remessas* são as operações praticadas pelos correntistas para alimentar a conta. Podem constar essas remessas de dinheiro, bens ou títulos de crédito; deverão, sempre, ter um valor determinado, para que possam servir de base aos lançamentos que são feitos na conta.

Quando duas pessoas convencionam fazer este contrato, as operações que vão realizar têm início com uma *abertura* da conta corrente. Para isso, em geral, há uma escrituração especial, que é feita do mesmo modo que se faz a escrituração mercantil da conta corrente contábil, simples anotação em livro próprio registrando a posição de um determinado freguês que fez compras sucessivas e pagamentos parciais em um estabelecimento empresarial. Mas, no contrato de conta corrente, se a escrituração é idêntica à conta corrente contábil, há uma especialidade; as remessas se fundem em um todo, não se compensando, formando esse todo uma massa homogênea; só quando, posteriormente, se faz a liquidação dessas remessas (chamadas *parcelas*, porque se destinam a ser somadas para ulterior balanço) é que se verificará o saldo, sabendo-se, então, qual dos correntistas é o credor e qual o devedor.

O contrato de conta corrente é muito usado na atividade empresarial e possui características próprias. Cada um dos correntistas tem os seus próprios lançamentos, donde ser a conta feita pelos dois contratantes. No balanço final, para verificação do saldo, este deve, naturalmente, ser idêntico em cada uma das escritas. Esse balanço para verificação do saldo tem o nome de *encerramento* e tanto pode ser parcial, como periódico ou definitivo. Só depois de encerrada a conta o saldo se torna exigível por parte daquele que dele é credor.¹

1 Contrato sobre que se tem pouco legislado, a perfeita conceituação da conta corrente tem sido uma das preocupações dos especialistas no assunto. Giannini, que é autor de um dos

356. O contrato de conta corrente e a conta corrente contábil – Já mencionamos que a escrituração da conta corrente em geral se faz nos mesmos moldes da conta corrente contábil. Não devem ser confundidos, entretanto, o contrato e a escrituração da conta corrente. Esta é apenas uma modalidade de lançamento na escrita mercantil para verificar a situação exata de um freguês de estabelecimento comercial de acordo com as dívidas que esse for contraindo e os pagamentos que for efetuando. Utilizando-se o cliente do crédito que lhe é dado pelo estabelecimento, adquire mercadorias e o montante das suas dívidas é escriturado à proporção que essas se vão realizando. Todos os pagamentos efetuados por conta dessas dívidas são lançados na conta como partidas de crédito com a finalidade de saldar as dívidas contraídas.

No contrato de conta corrente há uma convenção entre as duas partes no sentido de serem anotadas nas contas as remessas de valores que mutuamente se fazem como partidas de débito e de crédito para uma verificação posterior do saldo. Somente quando a conta é encerrada é que o saldo acusado se tornará exigível por parte daquele que for credor. As remessas de valores, na conta corrente contratual, são mútuas, figurando os remetentes como credores ou devedores, na escrituração, mas só no encerramento se apurando quem, afinal, é o credor e quem o devedor. Ao passo que na conta corrente contábil há um só devedor, que é o cliente em nome de quem a conta foi aberta; esporádica e teoricamente esse devedor poderia, ao encerrar a conta, figurar como credor, se houvesse remetido mais dinheiro a seu crédito do que o montante das dívidas feitas. Na prática isso nunca acontece, pois as partidas de numerários por ele remetidas são, em geral, *por conta* do seu débito, com a finalidade de cobri-lo.

357. Sistema legal – O contrato de conta corrente não está regulado no Código Civil de 2002. Apesar disso, é reconhecido pelo legislador, como se deduz do disposto no art. 4º do Decreto nº 22.626, de 07.04.1933, revogado por Decreto de 25.04.1991, mas revigorado por Decreto de 29.11.1991, *in verbis*:

mais completos trabalhos que existem sobre a matéria – *I contratti di conto corrente*, Firenze, 1895 – definiu-a como sendo “um contrato pelo qual duas pessoas convêm em conceder-se crédito recíproco a respeito de operações realizadas entre si e por igual duração de tempo, de modo a que, ao fim do prazo, a diferença entre as duas somas de crédito represente um crédito exigível” (ob. cit., § 17, p. 59). Boistel (*Précis de droit commercial*, Paris, 1884, nº 880) a conceitua como a convenção segundo a qual “duas partes estipulam que os créditos que poderão nascer dos seus negócios, quando entrarem na conta, perderão sua individualidade própria para se tornarem simples artigos de débito e de crédito, de modo a que só o saldo em que se confundirão será exigível nas épocas convencionadas”.

Entre nós, Carvalho de Mendonça (*Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 982) doutrina que só há contrato de conta corrente “quando duas pessoas convencionam reunir em uma massa homogênea alguns ou todos os seus negócios, mediante recíprocas remessas que, anotadas na conta, se tornam partidas ou artigos de crédito e débito, verificando-se, por ocasião do seu encerramento, o saldo que deve ser pago por aquele que se mostrar devedor”.

O conceito que acima expendemos da conta corrente visa a tornar mais simples a compreensão do contrato.

“É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação dos juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano.”

A Lei nº 7.357, de 02.09.1985, que dispõe sobre o cheque, expressa-se de maneira clara a respeito da conta corrente, ressaltando, inclusive, a sua característica principal, que é a exigibilidade do saldo na liquidação da conta, ao dispor, no § 2º do art. 4º, que se considera fundo disponível o saldo exigível de conta corrente contratual.

Essa mesma lei, no citado § 2º do art. 4º, faz distinção entre a conta corrente contratual, a conta corrente bancária e a abertura de crédito. Essas são três modalidades diversas de contas que se assemelham pelo modo de escrituração, mas que têm, na verdade, características diferentes.

358. A conta corrente na legislação estrangeira – Apesar de não ter merecido do legislador brasileiro regulamentação legal especial, o contrato de conta corrente tem sido aceito por algumas legislações estrangeiras, notando-se, hoje, tendências para sua introdução nas leis comerciais de vários países. O primeiro Código a registrá-la foi o Código Comercial do Chile, de 23.11.1865, que dela tratou nos arts. 602 a 619, como “um contrato bilateral e comutativo pelo qual uma das partes envia a outra ou dela recebe em propriedade soma de dinheiro ou outros valores, sem a obrigação de fazer um emprego determinado, nem de manter à ordem do que fez a remessa uma soma ou um valor equivalente mas com o encargo de levar as remessas ao crédito daquele que as efetua, de liquidá-las nas épocas convencionadas, de compensá-las de uma só vez até a concorrência do débito e do crédito e de pagar o saldo”. A seguir o Código Comercial do Chile traçou diversas normas sobre a conta corrente, inclusive fazendo a diferença entre o contrato e a conta corrente contábil (art. 603), a extinção do contrato (arts. 611 e 613), a capitalização de juros (art. 617), as provas do contrato (art. 618) e a prescrição (art. 619).

Do mesmo modo que o Chile, trataram da conta corrente os Códigos da Venezuela (arts. 392 a 395), Guatemala (arts. 488 a 504), Honduras (arts. 600 a 617), Itália (Código de 1882, arts. 345 a 348), Romênia (arts. 370 a 373), Portugal (arts. 344 a 350), Argentina (arts. 771 a 797), Alemanha (arts. 355 a 357), Hungria (arts. 285 a 287) e Japão (arts. 291 a 296). Alguns desses Códigos foram recentemente reformados, mantendo, contudo, o contrato. Assim, o Código de Comércio italiano foi, em 1942, substituído pelo Código Civil, regulando este a conta corrente nos arts. 1.823 a 1.833, definindo-a no art. 1.823 como “o contrato em que as partes se obrigam a anotar em uma conta os créditos derivados de recíprocas remessas, considerando-as inexigíveis e indisponíveis até o fechamento da conta”. Igualmente, o Código Comercial japonês, modificado em 1950 para entrar em vigor em 01.07.1951, tratou da conta corrente nos arts. 529 a 534. O Código de Comércio da Colômbia, entrado em vigor em 01.01.1972, regulou a conta corrente nos arts. 1.245 a 1.261.

359. A conta corrente nos projetos brasileiros de Código Comercial – O Projeto de Código Comercial, apresentado ao Governo, em 1912, por Inglês de Souza, incluiu a conta corrente, regulando-a nos arts. 947 a 960. Na Exposição de

Motivos que acompanhou referido Projeto, esclarece Inglês de Souza: “O Código vigente faz apenas algumas referências ao contrato de conta corrente de que tratei em capítulo especial. Ninguém desconhece hoje a importância desse contrato e as relações a que dá causa diariamente. Assinalei a individualidade da conta corrente, de que resulta só ser exigível o saldo resultante da compensação final entre os artigos de crédito e de débito, não esta fundamental, mas às vezes esquecida na prática dos tribunais.”² Nos artigos mencionados, o Projeto de Código Comercial não dá um conceito do contrato, mas traz as suas principais características, os seus efeitos, meios de provas, normas sobre a escrituração e a cláusula “salvo embolso”, chamada pelo Projeto de cláusula “salvo recebimento”. Também se refere à conta corrente bancária, mandando que a ela sejam aplicados os dispositivos do contrato de conta corrente, com as modificações que especifica.

Também, o Projeto de Código Comercial do Des. Florêncio de Abreu regulou a conta corrente, nos arts. 909 a 919. Traz o Projeto várias regras relativas ao contrato, de modo a configurá-lo muito bem.

O Projeto de Código de Obrigações de 1965, nos arts. 773 a 780, refere-se à conta corrente como um contrato bancário (*conta corrente bancária*), não mencionando a conta corrente que pode ser feita fora dos bancos. Inegavelmente, existe a conta corrente bancária, também chamada *conta corrente de empréstimo*, feita mediante um contrato especial entre o banco e o cliente, com algumas das características do contrato de conta corrente e, em regra, sem a aplicação da cláusula *salvo embolso*. Mas isso não impede que a conta corrente seja contratada entre comerciantes que não bancos, razão pela qual o Projeto de Código de Obrigações deveria ter tornado o contrato extensivo a todos e não apenas às empresas bancárias.

O Projeto de Código Civil de 1975 repetiu os dizeres do Código de Obrigações de 1965, nos arts. 869 a 876. Tanto o Projeto de Código de Obrigações como o Projeto de Código Civil reconhecem a existência da conta corrente bancária ao estabelecer, respectivamente, nos arts. 780 a 876:

“No que couber, aplicam-se as disposições relativas à conta corrente bancária aos contratos que não constituam atividade dessa natureza.”³

360. Características – Várias são as características próprias que dão à conta corrente o sentido de contrato autônomo, inconfundível com outros contratos. Carvalho de Mendonça as destacou em quatro itens, que podem ser assim resumidos:

a) O contrato de conta corrente “supõe uma série de operações sucessivas e recíprocas entre as partes”. Essas operações não se liquidam imediatamente e sim são anotadas nas contas, como partidas de débito e de crédito. Ao final do prazo convencionado, ou no fim de um ano, se não houver período estabelecido, somam-

2 Herculano Marcos Inglês de Souza, *Projeto de Código Comercial*, Rio de Janeiro, 1912, p. 74.

3 Sobre o conceito moderno do contrato de conta corrente, v. a interessante obra *Le Compte Courant en droit français*, de Mme. M. TH. Rives-Lange, Paris, Sirey, 1969.

se as partidas de débito e as de crédito, verificando-se o saldo. Esse será o resultado da diferença entre os débitos e os créditos.

b) Só entram na conta corrente os créditos resultantes das operações a elas destinadas. Havendo a remessa por parte de um correntista para um fim outro que não alimentar a conta, não deve essa remessa aí figurar.

c) Durante a vigência da conta corrente não pode um dos correntistas julgar-se credor ou devedor, pois essa averiguação só se obterá no momento do encerramento da conta. As remessas constituem uma massa homogênea cujo resultado só será reconhecido pelas partes ao fazer-se o balanço para a verificação final.

d) As remessas de cada correntista, perdendo a sua individualidade, unificam-se na massa de débitos e de créditos, não podendo, assim, dar causa a ação particular sobre elas, nem ser objeto de execução.⁴

De tudo isso se conclui que, enquanto perdurar o contrato de conta corrente, há *indivisibilidade* e *unidade* das remessas, constituindo elas uma massa homogênea de créditos e débitos. Consequentemente, só o saldo apurado no encerramento da conta será *exigível* por parte daquele que aparecer como credor.

361. Classificação do contrato de conta corrente – Segundo se depreende do exposto, a conta corrente é um contrato *bilateral*, gerando obrigações para ambas as partes que nele figuram; é *consensual*, formando-se pelo simples consentimento das partes;⁵ *oneroso*, porque são convencionadas vantagens para ambos os contratantes e *comutativo*, já que há obrigações equivalentes para os correntistas.

362. Forma e prova do contrato – Contrato *consensual*, a conta corrente não requer forma especial, podendo ser provada por todos os meios permitidos pelo art. 212 do Código Civil. Pelo fato de, habitualmente, serem anotadas, em forma contábil, as partidas de débito e de crédito constantes dessas remessas, muitos acreditam que a prova da conta corrente é sempre documental, mediante a apresentação da escrita das partidas. Assim, entretanto, não acontece. O fato de ser a conta, costumeiramente, escriturada, segundo as regras da conta corrente contábil, serve apenas para melhor fixar as suas diversas fases. Essas anotações podem, contudo, deixar de ser feitas por escrito, e nem por isso o contrato se desnatura. Apenas, se a conta é muito movimentada, torna-se difícil uma perfeita discriminação das remessas, razão pela qual em comércio é costume escriturá-las.

363. Remessas – Chamam-se *remessas* os valores enviados por um correntista a outro, a fim de serem creditados na conta. Podem referidos valores constar de dinheiro, títulos de crédito, mercadorias; o correntista poderá, igualmente, pagar

4 Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 2ª parte, nº 983.

5 Alguns autores classificam a conta corrente como um contrato *real*, baseados no fato de serem necessárias remessas para a sua existência. Esse ponto de vista está, entretanto, superado, sendo geralmente aceita, atualmente, a consensualidade da conta corrente, gerando-se a exigência das remessas como a execução do contrato e não elemento indispensável à sua formação. V., a respeito, Paulo de Lacerda, *Conta Corrente*, 2ª ed., 1928, nºs 49 e segs., pp. 113 e segs.

ou aceitar por conta do outro qualquer título, entrando na conta, naturalmente, o crédito resultante de qualquer das operações citadas. Graças às remessas, alimentam-se as contas correntes, donde autores argumentarem que, se não há conta sem remessa, o contrato deve ser considerado real e não consensual. Esse ponto de vista, como já esclarecemos, foi superado; mas é inegável que a movimentação da conta se dá em virtude das remessas feitas por ambos os correntistas.

Característica essencial da remessa é a sua *irrevogabilidade*. Isso significa que, lançado o crédito resultante da remessa na conta corrente, perde este a sua qualidade e os seus efeitos, deixando de ser exigível por parte do remetente. Alimentando a conta, como uma parcela desta, o crédito resultante da remessa se integra num todo, passando a constituir uma massa que tem vida própria e se caracteriza pela indivisibilidade. Só na verificação final da conta se tornará exigível pelo credor o saldo apresentado. A apuração desse saldo se faz, como já foi mencionado, pelo balanço das somas das parcelas de débito e de crédito anotadas na conta. Donde se conclui que as remessas sendo irrevogáveis tornam a massa indivisível, sendo a *irrevogabilidade* das remessas e a *indivisibilidade* da massa os pontos dominantes do contrato de conta corrente.

364. Efeitos da conta corrente – Caracterizando-se, como vimos, as remessas pela sua *irrevogabilidade*, temos que o principal efeito da conta corrente é tornar a massa de débitos e créditos que alimentam a conta um todo indivisível. É, assim, a *indivisibilidade* da conta da essência do contrato; e isso traz consequências de grande importância.

A primeira dessas consequências é o fato de não poder um correntista retirar da conta uma das remessas, destinando-lhe fim especial, pois ao ser o crédito integrado na conta assume o caráter de parcela desta, devendo assim manter-se até a verificação final. Se, por acaso, pudesse o correntista dispor livremente das remessas feitas, o instituto perderia a sua razão de ser, constituindo cada remessa um simples depósito de valor em poder de terceiro, que seria movimentado de acordo com os interesses do seu proprietário. Daí se ter dito, muitas vezes, que com a remessa o remetente perde a propriedade do crédito, o que não é verdadeiro, mas serve para mostrar o entrosamento da remessa no mecanismo da conta corrente. Se o remetente é, na verdade, o proprietário do crédito que resulta da remessa, tanto que esse crédito será levado a seu favor na verificação final, é inegável que perde a disponibilidade deste desde que ele se integra na conta, não podendo mais movimentá-lo de acordo com os seus interesses particulares, já que ele está a constituir uma parcela que será levada na devida consideração por ocasião do balanço final que apresentará o saldo exigível.

Uma outra consequência da indivisibilidade da conta é o fato de não produzirem as remessas compensação. Não haverá, desse modo, durante a vida da conta, confrontação da remessa de um correntista com a de outro, para anulação dos créditos equivalentes. Pelo contrário, cada remessa constituirá uma partida de crédito que será computada na verificação final. Até então nenhuma confrontação se fará para anular as importâncias equivalentes, como é regra da compensação; e

mesmo na verificação final o que haverá será uma soma das parcelas dos créditos e dos débitos, com a dedução destes daqueles, para que se constate a favor de quem é apresentado o saldo exigível.

Igualmente as remessas não operam novação, não se substituindo as obrigações antigas por novas, cada vez que um crédito é lançado na conta. A remessa, como tantas vezes foi repetido, constitui simplesmente uma partida de crédito para a apuração final do saldo. E desde o instante em que ela, de natureza irrevogável, é lançada na conta, faz com que essa se torne uma massa indivisível, constituída de parcelas de débito e de crédito que serão levadas na devida consideração quando da apuração final.

Mais em efeito da conta corrente é que os créditos remetidos passarão a produzir juros desde a sua anotação na conta. Não é necessário que haja estipulação de juros, que correrão mesmo que não sejam convencionados, pois esse fato é da natureza do contrato de conta corrente. Podem, contudo, as partes convencionar o não vencimento de juros, e isso mais uma vez comprova que, não havendo tal convenção, os créditos das remessas passarão a vencer juros desde a sua anotação.

Justifica-se essa fluência de juros pelo fato de passarem à disposição de recipiente os valores que lhe são enviados pelo remetente. Tendo a livre disposição desses valores, cujos créditos estão anotados na conta a favor do remetente, é justo que os juros corram, pois os recipientes podem utilizar tais somas como lhes aprouver.

365. A cláusula “salvo-embolso” – Já acima expusemos que as remessas podem consistir em dinheiro, mercadorias ou títulos de crédito. Uma vez anotados os créditos das remessas na conta, perdem os remetentes o direito de dispor destas, integrando-se os créditos de débito e de crédito, que constitui a conta.

Há, contudo, uma exceção a essa regra, concernente às remessas de títulos não vencidos. Anotados esses títulos nas contas, só se tornarão, contudo, efetivas as remessas quando estes forem devidamente pagos. Se tal não ocorrer, serão os créditos desses títulos deduzidos das contas mediante estorno, ou seja, um lançamento contrário àquele que deu entrada nos valores dos títulos.

A cláusula que determina essa exceção tem a denominação especial de cláusula *salvo-embolso*, por alguns tratadistas também chamada *salvo recebimento*. Sempre essa cláusula acompanha os títulos em tais condições, seja expressa, seja tacitamente. Envolve a cláusula *salvo-embolso* uma condição resolutiva, perdendo efeito a remessa se tal condição, que é o pagamento do título, não se verificar.⁶

Em geral, a cláusula *salvo-embolso* é mencionada de modo abreviado, ou seja, *s.e.*

366. Encerramento da conta – Chama-se *encerramento* da conta corrente a verificação do saldo, mediante o balanço das parcelas de crédito e de débito. Pode

6

A cláusula *salvo-embolso* também é bastante utilizada em depósitos bancários feitos por meio de cheques, que só se tornarão efetivos depois de recebidos ou compensados os cheques.

o encerramento ser definitivo ou não. No primeiro caso, coincide o encerramento da conta com a extinção do contrato; no segundo, há apenas o balanço, para verificação do saldo, passando este a integrar nova fase da conta, como a primeira partida, substituindo todas as outras anteriormente feitas.

Costumam as partes convencionar esse encerramento não definitivo mediante balanços periódicos ou parciais. Sendo a conta corrente um contrato consensual cabe às partes estipular o prazo dos balanços periódicos. O art. 253 do Código Comercial de 1850 estabelecia que, não havendo estipulação sobre a periodicidade dos balanços, poderia ocorrer a acumulação de juros em saldos liquidados em conta corrente “de ano a ano”.

Os balanços periódicos, como foi dito, não extinguem o contrato. Encerram simplesmente a conta, em dado momento, apurando-se o saldo que será levado a favor do credor na continuação da conta. Têm por finalidade fazer com que os correntistas verifiquem o estado da conta, sendo, em geral, o balanço procedido por aquele que é credor e o extrato enviado ao correntista devedor, para que o aprove. Visam, desse modo, a facilitar o perfeito conhecimento do estado dos correntistas para que sejam, nessa época, feitas as reclamações por parte destes sobre a perfeita anotação das partidas.

Se o contrato é feito por prazo *determinado* e, antes de atingido esse, se procede a um balanço periódico, o saldo apresentado, em princípio, não é exigível, pois a sua exigibilidade só se verifica no encerramento final ou definitivo e esse por força da convenção, tem prazo certo para realizar-se. Sendo, porém, a conta por tempo *indeterminado*, poderá o saldo do balanço periódico tornar-se exigível se um dos correntistas não mais quiser continuar com o contrato. Igualmente, mesmo que haja um prazo certo para a vigência do contrato, se, por ocasião do balanço periódico, os dois correntistas quiserem dar por findo este, torna-se o saldo exigível, cabendo ao devedor satisfazer o credor no *quantum* apurado.

367. Extinção do contrato – Extingue-se o contrato de conta corrente pela expiração do prazo fixado, pelo mútuo acordo dos correntistas, haja ou não prazo determinado, pela manifestação unilateral da vontade de um dos correntistas, se o contrato é por tempo indeterminado, pela falência de um dos correntistas e pela morte ou incapacidade de uma das partes. Ocorrendo uma dessas causas de extinção do contrato, procede-se ao encerramento final da conta, mediante balanço dos créditos e dos débitos, para a verificação do saldo. Uma vez apurado esse, o credor terá direito de exigir do devedor a sua satisfação. Esse é o ponto culminante do contrato de conta corrente: a *apuração de um saldo exigível*, mediante a confrontação das parcelas de crédito e débito dos correntistas. Todo o mecanismo do contrato visa a esse resultado final. A irrevogabilidade das remessas, no período de movimentação da conta, a integração dessas numa massa homogênea de débitos e créditos, a não compensação das partidas, tudo tem por fim a apresentação final de um saldo exigível, que só se opera quando se faz o encerramento definitivo da conta, com a extinção do contrato.

XXIX

BANCOS E OPERAÇÕES BANCÁRIAS

I – Empresas bancárias

368. Bancos – Chamam-se *bancos* empresas que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital. Além dessas, poderão os bancos praticar outras operações afins. As operações bancárias são consideradas sempre empresariais.

369. Função econômica dos bancos – Exercem os bancos, indiscutivelmente, importante função econômica, mobilizando o crédito em benefício do desenvolvimento da atividade empresarial. Se se destinam as empresas bancárias ao recebimento em depósito de capitais de terceiros, é graças à confiança na solidez dessas instituições que tais depósitos são executados; por outro lado, nos contratos de empréstimos feitos pelos bancos, aos que necessitam de capital, o crédito tem papel preponderante, possibilitando, assim, aos prestamistas, a utilização de capitais mediante a promessa de um pagamento futuro.

Deve-se ter em consideração, entretanto, que os bancos não servem de meros intermediários entre os que possuem capital inativo e desejam empregá-los e os que, não dispondo momentaneamente de capital, dele precisam para atender às suas necessidades. Os bancos, nas operações e nos contratos que realizam, agem sempre em seu próprio nome. Ao receberem depósitos pecuniários, constituem-se devedores dos depositantes; assumindo a propriedade desses depósitos, empregando-os em seguida em empréstimos aos que necessitam de capital, dão esses empréstimos não em nome dos depositantes, mas em seu nome próprio, tornando-se, desse modo, credores dos prestamistas.

Chamados de *intermediários do crédito*, na realidade os bancos são *mobilizadores do crédito*, agindo sempre como sujeitos das operações e dos contratos que realizam – sujeitos *ativos*, quando desses contratos e operações resulta serem os bancos os *credores*; *passivos* quando se tornam *devedores*. De qualquer modo, fazem atos de *intermediação*, procurando obter capitais disponíveis e os aplicando, em seu próprio nome, tendo sempre, nessa intermediação, o intuito de lucro.

370. Histórico – As funções desempenhadas pelos bancos de receber dinheiro em depósito e fazer empréstimos aos que necessitam de capital foram, na antiguidade, exercidas por indivíduos que, junto aos templos, nos mercados ou nas feiras, se prontificavam a fazer a *troca* de moedas estrangeiras pelas moedas nacionais. Inspirando confiança, esses indivíduos passaram a receber em depósito moedas que lhes eram confiadas para posterior devolução. Dispondo de capital davam o mesmo em empréstimo aos que dele necessitavam, de todas as operações que realizavam fazendo jus a uma remuneração, que era a compensação do seu trabalho.

Faziam esses cambistas as suas operações em lugares públicos, utilizando-se de umas *banças* para expor as suas moedas. Daí proveio o termo *banco*, sendo de notar-se que, quando um dos banqueiros não devolvia as importâncias recebidas em depósito, os seus clientes, revoltados, quebravam a banca ou mesa, em sinal de protesto. Desse fato originaram-se os termos *bancarrota* e *quebra* para significar o não cumprimento das obrigações por parte dos banqueiros, termos que ainda hoje são empregados como sinônimos de falência.

Os primeiros estabelecimentos bancários surgiram na Idade Média, tendo desempenhado papel relevante no atendimento aos comerciantes estrangeiros em operações de troca de moedas. Tem-se o *Banco de Veneza*, fundado em 1171, como o primeiro surgido na Europa. Esse banco funcionou até o ano de 1797.

Ao *Banco de Veneza* seguiram-se o Banco de Rialto, fundado em 1587, e o Banco de Giro; em 1408, em Gênova, foi fundado o *Banco de São Jorge*, que teve papel preponderante na formação do Direito Comercial, inclusive a ele se devendo a caracterização das *ações* das sociedades anônimas.

Durante longo tempo, tornando-se a Holanda centro de larga projeção no comércio ultramarino, para esse país se deslocaram as principais atividades bancárias da Europa. O Banco de Amsterdam, fundado em 1609, funcionou, inicialmente, apenas em operações de troca de moedas e de depósito, só mais tarde efetuando empréstimos. Tidos esses empréstimos como irregulares, o Banco de Amsterdam foi levado à insolvência em 1820, ou seja, 211 anos depois de sua fundação.

Até meados do século XVII os bancos se caracterizavam pelo fato de não fazer empréstimos, apenas operando em trocas de moedas e depósito. Foi o *Banco da Suécia* o primeiro a emitir notas bancárias. Esse exemplo foi seguido pelo *Banco da Inglaterra*, fundado em Londres no ano de 1694, que obteve do Parlamento autorização para emitir notas em importância igual a seu capital. Na França, John Law fundou, em 1716, o *Banco Geral*, que só funcionou por quatro anos, causando o seu desmoraçamento grandes prejuízos ao comércio francês.

O *Banco de França* foi fundado em 1800, no regime e com o assentimento de Napoleão, quando este era primeiro cônsul. Através dos anos, o *Banco de França* passou a ser o único banco emissor do país, ainda hoje conservando esse caráter.

No Brasil, o primeiro banco foi fundado por D. João VI, mediante alvará de 12.10.1808, com o nome de *Banco do Brasil*. Entre as suas operações figuravam as de fazer descontos de letras de câmbio, depósitos gerais, cobranças, bem como a emissão de bilhetes ou letras ao portador, pagáveis à vista ou dentro de curto prazo.

370. Histórico – As funções desempenhadas pelos bancos de receber dinheiro em depósito e fazer empréstimos aos que necessitam de capital foram, na antiguidade, exercidas por indivíduos que, junto aos templos, nos mercados ou nas feiras, se prontificavam a fazer a *troca* de moedas estrangeiras pelas moedas nacionais. Inspirando confiança, esses indivíduos passaram a receber em depósito moedas que lhes eram confiadas para posterior devolução. Disposto de capital davam o mesmo em empréstimo aos que dele necessitavam, de todas as operações que realizavam fazendo jus a uma remuneração, que era a compensação do seu trabalho.

Faziam esses cambistas as suas operações em lugares públicos, utilizando-se de umas *banças* para expor as suas moedas. Daí proveio o termo *banco*, sendo de notar-se que, quando um dos banqueiros não devolvia as importâncias recebidas em depósito, os seus clientes, revoltados, quebravam a banca ou mesa, em sinal de protesto. Desse fato originaram-se os termos *bancarrota* e *quebra* para significar o não cumprimento das obrigações por parte dos banqueiros, termos que ainda hoje são empregados como sinônimos de falência.

Os primeiros estabelecimentos bancários surgiram na Idade Média, tendo desempenhado papel relevante no atendimento aos comerciantes estrangeiros em operações de troca de moedas. Tem-se o *Banco de Veneza*, fundado em 1171, como o primeiro surgido na Europa. Esse banco funcionou até o ano de 1797.

Ao *Banco de Veneza* seguiram-se o Banco de Rialto, fundado em 1587, e o Banco de Giro; em 1408, em Gênova, foi fundado o *Banco de São Jorge*, que teve papel preponderante na formação do Direito Comercial, inclusive a ele se devendo a caracterização das *ações* das sociedades anônimas.

Durante longo tempo, tornando-se a Holanda centro de larga projeção no comércio ultramarino, para esse país se deslocaram as principais atividades bancárias da Europa. O Banco de Amsterdam, fundado em 1609, funcionou, inicialmente, apenas em operações de troca de moedas e de depósito, só mais tarde efetuando empréstimos. Tidos esses empréstimos como irregulares, o Banco de Amsterdam foi levado à insolvência em 1820, ou seja, 211 anos depois de sua fundação.

Até meados do século XVII os bancos se caracterizavam pelo fato de não fazer empréstimos, apenas operando em trocas de moedas e depósito. Foi o *Banco da Suécia* o primeiro a emitir notas bancárias. Esse exemplo foi seguido pelo *Banco da Inglaterra*, fundado em Londres no ano de 1694, que obteve do Parlamento autorização para emitir notas em importância igual a seu capital. Na França, John Law fundou, em 1716, o *Banco Geral*, que só funcionou por quatro anos, causando o seu desmoronamento grandes prejuízos ao comércio francês.

O *Banco de França* foi fundado em 1800, no regime e com o assentimento de Napoleão, quando este era primeiro cônsul. Através dos anos, o *Banco de França* passou a ser o único banco emissor do país, ainda hoje conservando esse caráter.

No Brasil, o primeiro banco foi fundado por D. João VI, mediante alvará de 12.10.1808, com o nome de *Banco do Brasil*. Entre as suas operações figuravam as de fazer descontos de letras de câmbio, depósitos gerais, cobranças, bem como a emissão de bilhetes ou letras ao portador, pagáveis à vista ou dentro de curto prazo.

Esse banco, que fora imperfeitamente modelado no Banco da Inglaterra, encerrou suas atividades em 1829, tendo a sua liquidação aprovada em 1835.

Um segundo banco, com a denominação de *Banco do Brasil* teve a sua tentativa de funcionamento fracassada. Autorizada a sua criação pela Lei nº 59, de 08.10.1833, não chegou a ser fundado. Em 1851, entretanto, um outro banco, com o nome de *Banco do Brasil*, foi criado pelo Barão de Mauá, passando, assim, a ser o segundo estabelecimento bancário que, entre nós, funcionou com esse nome. Esse banco, em 1853, fundiu-se com o *Banco Comercial*, passando a nova entidade a denominar-se *Banco do Brasil*, o terceiro, portanto, que entre nós adotou esse nome.

De 1853 até a proclamação da República, o terceiro *Banco do Brasil* sofreu várias alterações, tendo, inclusive, em 1892, se fundido com o *Banco da República dos Estados Unidos do Brasil*, passando a denominar-se *Banco da República do Brasil*. Atravessando o novo banco sérias dificuldades, suspendeu os seus pagamentos em 17.09.1900. O Governo, porém, foi em seu socorro, nele fazendo um depósito avultado, com a condição, entretanto, de administrá-lo por meio de diretores, o que foi anuído por acionistas e credores. Em 1905 o banco foi reorganizado, sendo os seus novos estatutos aprovados pela Lei nº 1.455, de 30 de dezembro. Passou a denominar-se *Banco do Brasil*, o quarto, até o presente, a ter esse nome.¹

371. Reforma bancária. Criação do Banco Central do Brasil – Grande modificação no sistema bancário brasileiro foi realizada através da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional. Essa lei estruturou e regulou o Sistema Financeiro Nacional, constituído do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil, do Banco do Brasil, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e das demais instituições financeiras públicas e privadas. Extinguindo o Conselho da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), para substituí-lo foi criado o Conselho Monetário Nacional, integrado pelo Ministro da Fazenda, como seu Presidente, e vários membros natos, em virtude das funções que exercem – Ministros de Estado, Presidentes de instituições financeiras –, e outros nomeados pelo Presidente da República. A política do Conselho Monetário Nacional objetivará adaptar o volume dos meios de pagamentos às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento; regular o valor interno da moeda, bem como o seu valor externo e o equilíbrio no balanço de pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moedas estrangeiras; orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, públicas ou privadas; propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros; zelar pela liquidez e sobrevivência das instituições financeiras e coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna

1 Cf., neste número, Néelson Lobo de Barros, *Moeda, Crédito, Banco e Ciclos*, Ed. Piratininga Ltda., São Paulo, pp. 101 e segs.; George Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ed., Paris, 1951, nºs 1.986 e segs.; Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 3ª parte, nºs 1.300 e segs.

e externa (Lei nº 4.595, art. 3º). Privativamente, compete ao Conselho Monetário Nacional (art. 4º):

1) autorizar as emissões de papel-moeda, que ficarão na prévia dependência de autorização legislativa quando se destinarem ao financiamento direto pelo Banco Central das operações de crédito com o Tesouro Nacional. Em caso de necessidades urgentes e imprevistas, as emissões podem ser autorizadas sem prévia permissão legislativa, devendo, contudo, imediatamente ser solicitada ao Legislativo homologação dessas emissões;

2) estabelecer condições para que o Banco Central emita papel-moeda de curso forçado;

3) aprovar os orçamentos monetários preparados pelo Banco Central, por meio dos quais se estimarão as necessidades globais da moeda e do crédito;

4) determinar as características gerais das cédulas e das moedas;

5) fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive compra e venda de ouro e quaisquer operações em direitos especiais de saque e em moeda estrangeira;

6) disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas;

7) coordenar a política creditícia e financeira com a de investimentos do Governo Federal;

8) regular a constituição, o funcionamento e a fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas à Lei nº 4.595, bem como a aplicação das penalidades previstas;

9) limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões, e qualquer outra forma de remuneração de operações de serviços bancários e financeiros;

10) determinar a percentagem máxima de recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou a grupo de empresas;

11) estipular índices e outras condições técnicas sobre encaixes, mobilizações e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas instituições financeiras;

12) expedir normas gerais sobre contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras;

13) delimitar, com periodicidade não inferior a dois anos, o capital mínimo das instituições financeiras privadas;

14) determinar o recolhimento de até 60% do total dos depósitos e/ou outros títulos contábeis das instituições financeiras;

15) estabelecer para as instituições financeiras públicas a dedução de depósitos de pessoas jurídicas de direito público que lhes detenham o controle acionário, bem como os das respectivas autarquias e sociedades de economia mista;

16) enviar obrigatoriamente ao Congresso Nacional, até o último dia do mês subsequente, relatórios e mapas demonstrativos da aplicação dos recolhimentos compulsórios;

Esse banco, que fora imperfeitamente modelado no Banco da Inglaterra, encerrou suas atividades em 1829, tendo a sua liquidação aprovada em 1835.

Um segundo banco, com a denominação de *Banco do Brasil* teve a sua tentativa de funcionamento fracassada. Autorizada a sua criação pela Lei nº 59, de 08.10.1833, não chegou a ser fundado. Em 1851, entretanto, um outro banco, com o nome de *Banco do Brasil*, foi criado pelo Barão de Mauá, passando, assim, a ser o segundo estabelecimento bancário que, entre nós, funcionou com esse nome. Esse banco, em 1853, fundiu-se com o *Banco Comercial*, passando a nova entidade a denominar-se *Banco do Brasil*, o terceiro, portanto, que entre nós adotou esse nome.

De 1853 até a proclamação da República, o terceiro *Banco do Brasil* sofreu várias alterações, tendo, inclusive, em 1892, se fundido com o *Banco da República dos Estados Unidos do Brasil*, passando a denominar-se *Banco da República do Brasil*. Atravessando o novo banco sérias dificuldades, suspendeu os seus pagamentos em 17.09.1900. O Governo, porém, foi em seu socorro, nele fazendo um depósito avultado, com a condição, entretanto, de administrá-lo por meio de diretores, o que foi anuído por acionistas e credores. Em 1905 o banco foi reorganizado, sendo os seus novos estatutos aprovados pela Lei nº 1.455, de 30 de dezembro. Passou a denominar-se *Banco do Brasil*, o quarto, até o presente, a ter esse nome.¹

371. Reforma bancária. Criação do Banco Central do Brasil – Grande modificação no sistema bancário brasileiro foi realizada através da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional. Essa lei estruturou e regulou o Sistema Financeiro Nacional, constituído do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil, do Banco do Brasil, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e das demais instituições financeiras públicas e privadas. Extinguindo o Conselho da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), para substituí-lo foi criado o Conselho Monetário Nacional, integrado pelo Ministro da Fazenda, como seu Presidente, e vários membros natos, em virtude das funções que exercem – Ministros de Estado, Presidentes de instituições financeiras –, e outros nomeados pelo Presidente da República. A política do Conselho Monetário Nacional objetivará adaptar o volume dos meios de pagamentos às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento; regular o valor interno da moeda, bem como o seu valor externo e o equilíbrio no balanço de pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moedas estrangeiras; orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, públicas ou privadas; propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros; zelar pela liquidez e sobrevivência das instituições financeiras e coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna

1 Cf., neste número, Néelson Lobo de Barros, *Moeda, Crédito, Banco e Ciclos*, Ed. Piratininga Ltda., São Paulo, pp. 101 e segs.; George Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ed., Paris, 1951, nºs 1.986 e segs.; Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 3ª parte, nºs 1.300 e segs.

e externa (Lei nº 4.595, art. 3º). Privativamente, compete ao Conselho Monetário Nacional (art. 4º):

1) autorizar as emissões de papel-moeda, que ficarão na prévia dependência de autorização legislativa quando se destinarem ao financiamento direto pelo Banco Central das operações de crédito com o Tesouro Nacional. Em caso de necessidades urgentes e imprevistas, as emissões podem ser autorizadas sem prévia permissão legislativa, devendo, contudo, imediatamente ser solicitada ao Legislativo homologação dessas emissões;

2) estabelecer condições para que o Banco Central emita papel-moeda de curso forçado;

3) aprovar os orçamentos monetários preparados pelo Banco Central, por meio dos quais se estimarão as necessidades globais da moeda e do crédito;

4) determinar as características gerais das cédulas e das moedas;

5) fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive compra e venda de ouro e quaisquer operações em direitos especiais de saque e em moeda estrangeira;

6) disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas;

7) coordenar a política creditícia e financeira com a de investimentos do Governo Federal;

8) regular a constituição, o funcionamento e a fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas à Lei nº 4.595, bem como a aplicação das penalidades previstas;

9) limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões, e qualquer outra forma de remuneração de operações de serviços bancários e financeiros;

10) determinar a percentagem máxima de recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou a grupo de empresas;

11) estipular índices e outras condições técnicas sobre encaixes, mobilizações e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas instituições financeiras;

12) expedir normas gerais sobre contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras;

13) delimitar, com periodicidade não inferior a dois anos, o capital mínimo das instituições financeiras privadas;

14) determinar o recolhimento de até 60% do total dos depósitos e/ou outros títulos contábeis das instituições financeiras;

15) estabelecer para as instituições financeiras públicas a dedução de depósitos de pessoas jurídicas de direito público que lhes detenham o controle acionário, bem como os das respectivas autarquias e sociedades de economia mista;

16) enviar obrigatoriamente ao Congresso Nacional, até o último dia do mês subsequente, relatórios e mapas demonstrativos da aplicação dos recolhimentos compulsórios;

17) regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas ou privadas, de natureza bancária;

18) outorgar ao Banco Central o monopólio das operações de câmbio, quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação;

19) estabelecer normas a serem observadas pelo Banco Central em suas transações com títulos públicos ou de entidades de que participe o Estado;

20) autorizar o Banco Central e as instituições financeiras públicas federais a efetuar a subscrição, compra e venda de ações e outros papéis emitidos ou de responsabilidade de sociedades de economia mista ou empresas do Estado;

21) disciplinar as atividades das Bolsas de Valores e dos corretores de fundos públicos;

22) estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas;

23) fixar a soma do capital realizado e reservas livres, o limite além do qual os excedentes dos depósitos das instituições financeiras serão recolhidos pelo Banco Central ou aplicados de acordo com as normas que o Conselho estabelecer;

24) decidir de sua própria organização, elaborando o seu regimento interno;

25) decidir da estrutura técnica e administrativa do Banco Central;

26) conhecer dos recursos das decisões do Banco Central;

27) aprovar as contas e o regimento interno do Banco Central, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

28) aplicar aos bancos estrangeiros que funcionem no País as mesmas vedações ou restrições equivalentes que vigorem, nas praças de suas matrizes, em relação a bancos brasileiros ali instalados ou que nelas desejem estabelecer-se;

29) colaborar com o Senado Federal na instrução dos processos de empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

30) expedir normas e regulamentação para as Comissões Consultivas que funcionam junto ao Conselho;

31) baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive *swaps*, fixando limites, prazos, taxas e outras condições;

32) regular os depósitos a prazo entre instituições financeiras, inclusive entre aquelas sujeitas ao mesmo controle acionário ou coligadas.

Esse último item foi acrescentado ao art. 4º da Lei nº 4.595 pelo art. 14, nº I, do Decreto-Lei nº 2.284, de 10.03.1986.

A) Banco Central

Reformando a política e a organização bancária brasileira, a Lei nº 4.595 transformou a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc) no Banco Central da República do Brasil, nome que foi mais tarde mudado para Banco Central do Brasil. Passou o Banco Central a ser o fiscalizador e orientador das instituições financeiras do País, como órgão deliberativo e também executor das

decisões do Conselho Monetário Nacional. Assim, das atribuições da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, foram, igualmente, transferidos para o Banco Central alguns encargos antes executados pelo Banco do Brasil, tais como a Carteira de Redescontos e os serviços de Fiscalização Bancária, cuja Carteira a lei atual extinguiu. Em caráter privativo, compete ao Banco Central emitir papel-moeda e moeda-metálica, nas condições e nos limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional; executar os serviços do meio circulante; receber os recolhimentos compulsórios e também os depósitos voluntários *à vista* das instituições financeiras (Dec.-Lei nº 2.284/86, art. 14, II); realizar operações de redescontos e empréstimos a instituições financeiras bancárias; exercer o controle de crédito sob todas as suas formas; efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei; ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira; exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar penalidades; conceder autorização para que as instituições financeiras possam funcionar no País, instalar ou transferir suas sedes, inclusive para o exterior, ser transformadas, fundidas ou encampadas, praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública, ações, *debêntures*, letras hipotecárias e outros títulos de crédito mobiliário, prorrogar os prazos concedidos para funcionamento e alterar os seus estatutos; estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, bem como para o exercício de funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, de acordo com as normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional; efetuar operações de compra e venda de títulos federais; determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operam em suas agências há mais de um ano (art. 10). O controle e a fiscalização do Banco Central sobre as instituições financeiras são realizados através de Resoluções e Circulares, em que são transmitidas as instruções ou deliberações.

B) Banco do Brasil

Também o Banco do Brasil sofreu várias modificações em sua estrutura. Sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional, a lei deu-lhe poderes para receber, a crédito do Tesouro, as importâncias provenientes da arrecadação de tributos ou rendas federais e o produto das operações de crédito da União, por antecipação de receita orçamentária ou a qualquer outro título; realizar os pagamentos e suprimen-tos necessários à execução do Orçamento Geral da União e leis complementares, de acordo com as autorizações transmitidas pelo Ministério da Fazenda; conceder aval, fiança e outras garantias, conforme expressa autorização legal; adquirir e financiar estoques de produção exportável; ser agente pagador e recebedor fora do País e executar o serviço da dívida pública consolidada (Lei nº 4.595, art. 19, I). Também compete ao Banco do Brasil receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por adiantamentos, podendo,

entretanto, todos esses depósitos ser feitos igualmente na Caixa Econômica Federal, nos limites e nas condições fixados pelo Conselho Monetário Nacional.

Ainda cabe ao Banco do Brasil realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira e, por conta do Banco Central, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central, mediante contratação; dar execução à política de comércio exterior; financiar aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural; financiar as atividades industriais e rurais; difundir e orientar o crédito, inclusive as atividades comerciais, suplementando a ação da rede bancária, no financiamento das atividades econômicas e no financiamento das importações e exportações (Lei nº 4.595, art. 19, II a XI).

Pela Resolução nº 1.091, de 20.02.1986, do Banco Central, foram transferidos para o Banco Central, a partir de 28.02.1986, os saldos existentes nas contas de depósitos voluntários mantidas pelos bancos comerciais e caixas econômicas do Banco do Brasil.

372. Sistema legal – O Código Comercial de 1850 não trouxe um título especial sobre bancos, apenas declarando, no art. 119, que “são considerados *banqueiros* os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de banco”, e estabelecendo, no art. 120, que “as *operações de banco* serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem”. Ao tratar do depósito mercantil, o Código Comercial fazia referência especial aos depósitos em bancos, estatuinto que os mesmos “ficam sujeitos às disposições das leis, estatutos ou regulamentos da sua instituição” (art. 285).

Se, entretanto, o Código Comercial era parco em normas referentes à organização, ao funcionamento e às operações de bancos, tivemos uma farta legislação posterior sobre a matéria, a começar pelo Reg. nº 737, de 25.11.1850, que incluiu entre os atos do comércio “as operações de câmbio, *banco* e *corretagem*” (art. 19, § 2º). Essa legislação, além de abundante (mais de 200 leis, decretos e decretos-leis, acrescidos de inúmeros regulamentos, portarias e circulares), era, por vezes, confusa, tornando difícil a sua compreensão. Outras vezes se mostrava deficiente na caracterização do instituto e na normalização das operações realizadas pelos bancos.

Dentre os diplomas legais que dispunham sobre atividades bancárias merecem destaque especial os seguintes:

Decreto nº 14.728, de 16.03.1921, que aprovou o regulamento para a fiscalização dos bancos e das casas bancárias;

Decreto-Lei nº 7.293, de 02.02.1945, que criou a Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), alterado mais tarde pelo Decreto-Lei nº 9.140, de 05.04.1946;

Decreto-Lei nº 9.228, de 03.05.1946, que revigorou o processo de liquidação extrajudicial de bancos e casas bancárias;

Decreto-Lei nº 9.328, de 10.06.1946, que dispôs sobre a responsabilidade dos diretores de bancos e casas bancárias, com regulamento baixado pelo Decreto-Lei nº 9.346, de 10.06.1946. Também sobre a responsabilidade dos diretores e gerentes de bancos e casas bancárias, dispôs a Lei nº 1.808, de 07.01.1953;

Lei nº 4.595, 31.12.1964, dispondo sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias do País. Essa lei extinguiu a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), transformando-a no Banco Central do Brasil, e criou o Conselho Monetário Nacional. É um diploma legal básico para o entendimento da organização, do funcionamento e da fiscalização do sistema bancário brasileiro.

373. Espécies de bancos – Os bancos podem ser classificados tendo em vista alguma ou algumas das suas principais operações. Nestas condições, os bancos se classificam em *bancos de emissão*, *bancos de depósito*, *bancos de crédito móvel*, *bancos de comércio exterior*, *bancos agrícolas*, *bancos de crédito real*, *bancos de crédito industrial*.

a) Bancos de emissão

Bancos de emissão são aqueles que, além das operações comuns dos estabelecimentos bancários, têm autorização especial para emitir notas com promessa de pagamento em dinheiro. A autorização para a instituição de bancos de emissão, em regra, é da competência da União; no Brasil, nos termos da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, cabe privativamente ao Banco Central “emitir papel-moeda e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 10, I).

Os bilhetes ou *notas* emitidas pelos bancos de emissão poderão ser de *curso livre* ou *ordinário*, de *curso legal* ou de *curso forçado*. Diz-se que uma nota de emissão bancária é de *curso livre* ou *ordinário* quando o credor pode deixar de aceitá-la, recusando-a em pagamento. No caso, o banco tem a faculdade de emitir a nota, mas a sua aceitação, em pagamento, não é obrigatória por parte do credor.

Nota de *curso legal* é aquela que o credor tem a obrigação de aceitar em pagamento, obrigando-se, entretanto, o banco emissor a resgatá-la mediante apresentação. Tratando-se de uma nota para pagamento *à vista*, o credor será reembolsado da quantia correspondente à mesma no momento em que a apresentar ao banco.

Nota de *curso forçado* é a que o credor é obrigado a receber em pagamento, não ficando o banco emissor com a obrigação de resgatá-la na apresentação. Assume a nota bancária, desse modo, o papel de moeda legal e por isso só em casos especiais o Governo dá curso forçado às notas bancárias.

Exemplo do banco de emissão é o Banco da França. No Brasil, várias vezes, não apenas o Banco do Brasil como outros foram autorizados a fazer emissões. Em 1920, a Lei nº 4.182, de 13 de novembro, criou, no Banco do Brasil, uma Carteira de Emissão e Redescontos que, depois, foi substituída pela Carteira de Redescontos. Com a criação do Banco Central passaram a ser privativas desse

as operações de desconto (Lei nº 4.595, art. 10, V), extinguindo-se, assim, essa Carteira do Banco do Brasil.

b) Bancos de depósitos

Entendem-se por *bancos de depósitos* aqueles que têm como função precípua receber depósitos pecuniários dos particulares, fazendo operações de crédito a prazo curto. Os bancos de depósitos também são chamados *bancos de comércio*. De acordo com o Decreto-Lei nº 3.182, de 09.04.1941, os bancos de depósitos existentes no País tiveram prazo de cinco anos para transformar o seu capital, estabelecendo a lei que, a partir de 01.07.1946, nenhum banco de depósito poderia funcionar no Brasil a não ser que o seu capital pertencesse, integralmente, a pessoas físicas brasileiras. Essa orientação, rudemente criticada por tratadistas,² foi modificada pelo Decreto-Lei nº 8.568, de 07.01.1946, que permitiu o funcionamento dos bancos de depósito “sem a obrigatoriedade de pertencer o capital inteiramente a pessoas físicas de nacionalidade brasileira”. Segundo o art. 39 da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, “aplicam-se às instituições financeiras estrangeiras, em funcionamento ou que se venham a instalar no País, as disposições da presente lei, sem prejuízo das que se contêm na legislação vigente”. E o art. 18 da mesma lei estatui:

“As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.”

Os *bancos comerciais* tiveram a sua constituição e funcionamento regulamentados pela Resolução nº 469, de 07.04.1978, do Banco Central. De acordo com essa Resolução, “*banco comercial* é instituição financeira bancária privada ou pública, constituída sob a forma de sociedade anônima, especializada basicamente em operações de curto e médio prazos”, devendo adotar “obrigatoriamente em sua denominação a expressão ‘Banco’, complementada pelo nome que lhe tenha sido atribuído”, sendo-lhe, entretanto, vedado o uso na denominação da palavra “Central”.

De acordo com o item 1-4 da Resolução “os bancos comerciais são classificados em quatro grupamentos, a saber:

a) público federal, formado pelos bancos cuja maioria do capital social pertence à União, de forma direta ou indireta;

b) público estadual, formado pelos bancos criados por lei específica cuja maioria do capital social pertence ao Estado onde tenham sede, de forma direta ou indireta;

c) privado nacional, formado pelos bancos constituídos e sediados no país, classificável, por sua vez, em função de composição acionária, nos seguintes sub-grupos:

I – bancos cuja maioria do capital social pertence a pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, de forma direta ou indireta;

2 Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, 3ª ed., Ed. Forense, 1959, vol. I, nº 291.

II – bancos cuja maioria do capital social pertence a pessoas físicas estrangeiras, de forma direta ou indireta;

d) *público* ou *privado estrangeiro*, formado pelas dependências de bancos constituídos e sediados no exterior.

Regulando a sua participação no Sistema Financeiro Nacional, declaram os itens 5 a 13 da Resolução:

“5 – O banco comercial integra o Sistema Financeiro Nacional e é regido:

- a) pelas normas legais;
- b) pelas normas regulamentares baixadas pelo Banco Central, com base em deliberações do Conselho Monetário Nacional;
- c) pelas normas regulamentares baixadas pelo Banco Central, com base em suas atribuições legais;
- d) pelos seus estatutos.

6 – A constituição e o funcionamento de banco comercial dependem de prévia e expressa autorização do Banco Central.

7 – A autorização para funcionamento de banco comercial, quando concedida, tem prazo indeterminado de vigência.

8 – A autorização para funcionamento é expressa em carta patente de emissão do Banco Central.

9 – Dependem também de prévia autorização do Banco Central:

- a) transferência de sede ou de agências;
- b) instalação de novas agências e postos de serviço;
- c) alteração no valor do capital social;
- d) a prática de operações de câmbio;
- e) emissão de ações preferenciais ao portador;
- f) transformação, fusão, incorporação, encampação e cisão;
- g) alterações estatutárias.

10 – O funcionamento, no País, de bancos estrangeiros depende de autorização do Governo Federal, expedida através de decreto do Poder Executivo.

11 – O banco comercial constituído e sediado no exterior que tenha dependências no País é obrigado a ter, permanentemente, representante no Brasil, com plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação inicial pela sociedade.

12 – O banco comercial constituído e sediado no exterior está sujeito às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações que praticar no Brasil.

13 – Cabe ao Conselho Monetário Nacional aplicar à dependência de banco estrangeiro que funcione no País as mesmas vedações ou equivalentes restrições, que vigorem na praça de sua matriz, em relação a banco brasileiro ali instalado ou que nele deseje estabelecer-se.”

Em relação ao objetivo dos bancos comerciais, dispõe o item 2 da Resolução:

“1 – O objetivo precípuo dos bancos comerciais é proporcionar o suprimento oportuno e adequado dos recursos necessários para financiar, a curto e médio prazo, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços e as pessoas físicas.

2 – Para atender a seu objetivo, os bancos comerciais podem:

- a) descontar títulos;

- b) realizar operações de abertura de crédito, simples ou em conta corrente;
- c) realizar operações especiais, inclusive de crédito rural, de câmbio e comércio internacional;
- d) captar depósitos à vista e a prazo fixo;
- e) obter recursos junto a instituições oficiais;
- f) obter recursos no exterior, para repasse;
- g) efetuar operações acessórias ou de prestação de serviços, inclusive mediante convênio com outras instituições.

3 – A captação de depósitos à vista, livremente movimentáveis, é atividade típica dos bancos comerciais, configurando-os como instituições financeiras monetárias.

4 – Tanto no atendimento de seu objetivo, quanto na obtenção dos recursos necessários, os bancos comerciais devem observar as normas gerais e as específicas de cada tipo de operação, cumprindo, quando necessário, as exigências relativas a credenciamentos, habilitação ou autorização.

5 – Os bancos comerciais, tanto em suas aplicações, quanto na obtenção dos recursos necessários, devem observar as diretrizes e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional para a execução das políticas monetária e creditícia.”

c) *Bancos de crédito móvel*

Chamam-se *bancos de crédito móvel*, também conhecidos por *bancos de especulação*, os que têm por finalidade praticar operações especulativas, adquirindo e vendendo títulos cotados em Bolsas, financiando empresas, praticando, em suma, os mais diversos atos de especulação e só de maneira acessória realizando operações bancárias. Os *bancos de crédito móvel* são muito comuns nos Estados Unidos e em alguns países da Europa.³

d) *Bancos de comércio exterior*

Bancos de comércio exterior, ou *bancos de exportação*, são os que têm por finalidade principal realizar operações destinadas a facilitar o intercâmbio comercial em países diversos. As suas atividades se dirigem no sentido de facilitar o crédito aos comerciantes que realizam negociações com países diferentes, garantindo-se as empresas bancárias, em geral, com as mercadorias que constituem objeto das transações dos seus clientes. Em regra, esses bancos se encarregam de efetuar o pagamento das compras feitas por um empresário no exterior, tendo como garantia desse pagamento as mercadorias que foram adquiridas. Para efetuar o pagamento, os títulos do devedor deverão ser apresentados ao banco juntamente com os documentos de embarque das mercadorias, tais como faturas, conhecimentos, apólices de seguros etc. Os bancos de comércio exterior, além dessas operações podem praticar as demais, comuns a todos os bancos. No Banco do Brasil existe uma Carteira

3 Pela Resolução nº 18, de 18.02.1966, o Banco Central do Brasil, na forma da deliberação do Conselho Monetário Nacional, em sessões de 8 e 16.02.1966, e de acordo com o disposto nos arts. 9º e 10, letra a, da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, e art. 29 da Lei nº 4.728, de 14.07.1965, baixou normas regulamentando a constituição e o funcionamento dos bancos privados de investimento ou de desenvolvimento, “instituições financeiras privadas, especializadas em operações de participação ou de financiamento, a prazos médio e longo, para suprimento de capital fixo ou de movimento, mediante aplicação de recursos próprio e coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros”.

de Comércio Exterior (Cacex), que regula a importação e exportação de mercadorias. Essa carteira, antiga Cexim, ou seja, a Carteira de Exportação e Importação, foi expressamente mantida pela Lei nº 4.595, de 1964 (art. 59).

e) Bancos agrícolas

Bancos agrícolas são os que têm por finalidade fomentar o crédito para o desenvolvimento da agricultura e da pecuária. São bancos que, em geral, se localizam no interior do País, procurando facilitar o crédito, a agricultura e criadores para o desenvolvimento de suas atividades. Em princípio, esse crédito deve ser concedido a longo prazo, tendo em vista as suas finalidades.

No Brasil existe, no Banco do Brasil, uma carteira especial, denominada Carteira de Crédito Agrícola e Industrial, destinada a fomentar a agricultura, pecuária e indústria, mediante a concessão de crédito para atender às necessidade de agricultores, criadores e industriais. No setor agropecuário, essa Carteira opera à base do penhor agrícola e pecuário, ou seja, o penhor especial realizado por agricultores e criadores de gêneros e animais de sua propriedade.⁴

f) Bancos de crédito real

Os *bancos de crédito real*, ou *bancos hipotecários*, são os que se destinam a realizar empréstimos mediante garantia hipotecária de imóveis. Esses empréstimos poderão ser a longo ou curto prazo e tais bancos, em regra, além dessa operação característica, realizam as demais, comuns a todos os bancos.

O Decreto nº 169-A, de 19.01.1890, regulamentado pelo Decreto nº 370, de 02.05.1890, permitiu a instituição de sociedades de crédito real com a faculdade de poderem emitir letras hipotecárias sobre os empréstimos, garantidos com primeira hipoteca, que as sociedades houverem realizado. Como a emissão de letras hipotecárias algumas vezes foi praticada dolosamente por parte das sociedades, sendo emitidas letras de valor superior aos fundos das mesmas, o Governo passou a fazer severa fiscalização sobre as atividades das sociedades e dos bancos hipotecários.

Em 1935, a fiscalização dessas atividades foi transferida ao Ministério da Fazenda, através da Diretoria das Rendas Internas, compreendendo tal fiscalização “a organização e o funcionamento das sociedades anônimas que se destinam a realizar empréstimos pela forma estabelecida nos Decretos nºs 169-A e 370 de

4 Com o desenvolvimento da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial, o crédito rural tornou-se mais extensivo nas modalidades de aplicação. Assim é que, hoje, a Carteira realiza empréstimos de beneficiamento destinados a melhorar não apenas as propriedades como as condições de vida do homem do campo. Para tanto, a Carteira pode financiar as construções de açudes, cercados, silos, depósitos, residências para colonos etc. Essas modalidades de operações são ordinariamente feitas sob garantia hipotecária, a prazo mais longo ainda do que o de financiamento agropecuário.

Nas operações de financiamento à agricultura, os vencimentos ocorrem após a colheita, com margem de tempo suficiente para os agricultores colocarem no mercado consumidor os seus produtos. No financiamento à pecuária, o prazo é concedido de acordo com a sua finalidade: engorda, criação, recriação etc.

1890; a sistematização uniforme desses empréstimos, a curto e a longo prazos, e a padronização tarifária de suas amortizações; a oportunidade das emissões de letras hipotecárias e o regime de sua circulação na País” (instrução do ministro da Fazenda de 19.08.1935). A Lei nº 4.595, de 1964, transferiu para o Conselho Monetário Nacional e para o Banco Central “as atribuições legais e regulamentares do Ministério da Fazenda relativamente ao meio circulante” (art. 46).

g) Bancos de crédito industrial

Bancos de crédito industrial são aqueles que se destinam a financiar atividades ligadas ao desenvolvimento da indústria com a finalidade de proporcionar o seu desenvolvimento. O Decreto nº 24.575, de 04.07.1934, que tratava da organização e do funcionamento dos bancos de crédito industrial, define-os como sendo os que se destinam, “exclusivamente, a auxiliar a indústria nacional, por meio de empréstimos a prazo longo, com os seus próprios recursos e por emissões de obrigações, colocadas nos mercados nacionais ou estrangeiros, em nome das empresas que a eles recorrerem” (art. 1º).

Ainda de acordo com o referido decreto, os bancos de crédito industrial seriam criados por propostas dos governos estaduais e autorização do Governo Federal, devendo suas sedes ser localizadas nas capitais. O capital mínimo de cada banco seria de Cr\$ 10.000,00 e as suas operações consistiriam em empréstimos, pelo prazo máximo de um ano, garantidos como *warrant* de matérias-primas, devidamente classificadas e cotadas nas Bolsas internacionais ou de mercadorias existentes no Estado em que funcionasse o banco; em empréstimos, pelo prazo máximo de um ano, garantidos com *warrants* de produtos manufaturados que obedecessem a padrão internacional e como tais fossem cotados nas Bolsas de Mercadorias do País ou do estrangeiro; em emissão de obrigações hipotecárias em nome e por conta de estabelecimentos industriais situados no Estado em que o banco tivesse sua sede; em emissões de títulos de responsabilidade do Estado em que o banco funcionasse, desde que se destinassem a obter recursos para a construção ou exploração de serviços industriais de utilidade pública; em emissão de títulos de responsabilidade das empresas concessionárias de serviços públicos, estaduais ou municipais, localizadas no Estado em que funcionasse o banco. Essas últimas operações seriam feitas por um prazo máximo de 25 anos (Decreto nº 24.575, de 04.07.1934, art. 3º). Os bancos de que trata esse decreto serão assistidos pelo Governo Federal.

Os bancos de crédito industrial estão subordinados, hoje, ao Banco Central e a sua fiscalização compete a essa entidade. Constituem-se obedecendo às normas estabelecidas pelo Banco Central, entre as quais as constantes da Circular nº 45, de 06.07.1966, reeditada pela Circular nº 598, de 31.12.1989, que “especifica os diversos processos relativos aos estabelecimentos bancários”.

O Banco do Brasil possui, como foi dito anteriormente, uma Carteira de Crédito Agrícola e Industrial, com a finalidade de realizar empréstimos *agrícolas e industriais*, considerados estes os que se destinam à aquisição de certos aparelhos agrícolas, montagem de veículos e embarcações, custeio de obras e instalações

de máquinas e aparelhos para a indústria e instalação de indústrias que visem a desenvolver a exploração de matérias-primas do País, de aproveitamento já comprovado e que sejam de reconhecida utilidade ao incremento da economia nacional (Reg. da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial do Banco do Brasil, aprovado em 08.02.1952, art. 8º). Nos financiamentos industriais, as modalidades e condições são muito diversas; as garantias, em regra, repousam sob hipoteca ou penhor industrial ou de mercadorias. Para melhor atender às suas finalidades, a Carteira de Crédito Agrícola e Industrial do Banco do Brasil foi dividida em três zonas: norte, sul e centro.

374. Bancos e casas bancárias – O Decreto nº 14.728, de 16.03.1921, que aprovou o regulamento para a fiscalização dos bancos e das casas bancárias, fez a diferença entre essas duas espécies de empresas ao dispor, no parágrafo único do art. 3º:

“Para os efeitos do presente regulamento, considera-se banco a pessoa natural ou jurídica, que, com capital superior a Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros), realizar as operações especificadas neste artigo, e *casa bancária a que, com o mesmo objetivo, tiver o capital igual ou inferior a Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros).*”

O Decreto-Lei nº 1.880, de 14.12.1939, estatuiu, no art. 6º, que as casas bancárias só poderiam funcionar com capital inferior a Cr\$ 250,00, até 30.06.1940, sendo canceladas as autorizações daquelas que, na data especificada, não houvessem aumentado o seu capital. Esse prazo foi prorrogado para 31.12.1940 pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 2.357, de 01.07.1940.

O critério adotado pelo Decreto nº 14.728, de 16.03.1921, para distinguir os bancos das casas bancárias pelo limite máximo do capital destas, foi, posteriormente, modificado. O art. 6º do Decreto-Lei nº 6.419, de 13.04.1944, que reorganizou a Caixa de Mobilização Bancária, estatuiu que esta, com anuência do Conselho Administrativo, submeteria à aprovação do ministro da Fazenda os limites mínimos que deveriam ser observados para o funcionamento das casas bancárias, “atendendo à importância econômica das praças em que tenham de ser localizadas, à existência ou não de outros bancos, agências ou casas bancárias e a outros, fatores que a seu juízo possam influir na fixação dos critérios a adotar”. Esses limites mínimos foram aprovados pelo ministro e postos em prática mediante o Ofício nº 2.643, de 10.08.1954, verificando-se da relação que acompanhou o referido ofício que o limite *mínimo* de Cr\$ 250,00, a que se referia o Decreto-Lei nº 1.880, 14.12.1939, foi conservado, não sendo, contudo, fixado o máximo, como fez o Decreto nº 14.728, de 16.03.1921. Mesmo assim, o limite mínimo ficou a depender da importância das praças em que a casa bancária está sediada. Na praça de Santos, por exemplo, o limite mínimo do capital das casas bancárias era de Cr\$ 5.000,00.

Hoje, como instituições financeiras privadas, a constituição, o funcionamento e respectiva fiscalização das casas bancárias dependem do Banco Central (Lei nº 4.595, art. 18).

Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional delimitar, com periodicidade não inferior a dois anos, o capital mínimo das instituições financeiras privadas (Lei nº 4.595/1964, art. 4º, XIII).

A Resolução nº 2.099, de 17.08.1994, do Conselho Monetário Nacional, aprovou Regulamento que dispõe sobre os valores mínimos de capital e patrimônio líquido ajustado das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. O Regulamento aprovado dispôs o seguinte:

“Art. 1º Os limites mínimos de capital realizado e patrimônio líquido abaixo especificados devem ser permanentemente observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil:

I – R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais): banco comercial ou carteira comercial de banco múltiplo;

II – R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais): banco de investimento, banco de desenvolvimento, sociedade de crédito imobiliário, correspondentes carteiras de banco múltiplo ou caixa econômica;

III – R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais): sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de arrendamento mercantil ou correspondentes carteiras de banco múltiplo;

IV – R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais): sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários que administrem fundos de investimento nas modalidades regulamentadas pelo Banco Central do Brasil exceto fundos de investimento em quotas de fundos de investimento ou sociedades de investimento, bem assim que realizem operações compromissadas, de garantia firme de subscrição de valores mobiliários para revenda, de conta margem e/ou de ‘swap’;

V – R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais):

- a) sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários que exerçam atividades não incluídas no inciso anterior;
- b) sociedade corretora de câmbio.”

Esses valores não foram modificados pela Resolução nº 2.212, de 16.11.1995, do Presidente do Conselho Monetário Nacional, Gustavo Laboissiere Loyola.

Em 1988, firmou-se na cidade de Basileia, na Suíça, acordo denominado *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards* (Acordo de Basileia), com o objetivo de criar exigências mínimas de capital, a serem respeitadas por bancos comerciais, para fazer face ao risco de crédito. O Brasil aderiu a esse acordo em 1994. O acordo prevê os mecanismos de mensuração de risco de crédito e estabelece as exigências de um padrão mínimo de capital. E as medidas preconizadas foram sendo progressivamente introduzidas por autoridades monetárias de diversos países. Como esse acordo não conseguiu evitar as inúmeras falências de instituições financeiras na década de 90, no ano de 2004, o Comitê da Basileia o modificou. A modificação recebeu o nome de Acordo de Basileia II. Esse novo Acordo, fixa-se em três pilares e 25 princípios básicos sobre contabilidade e supervisão bancária. Como reflexos da adesão do Brasil ao Acordo de Basileia, destacam-se a constituição do Fundo Garantidor de Crédito – FGC – e da Central de Risco do Banco Central, a reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro, e o alinhamento do Sistema Financeiro Nacional às normas propostas pelo Comitê

de Basileia. A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, pelos Comunicados 12.746, de 09.12.2004, e 16.137, 27.09.2007, comunicou “os procedimentos para a implementação da nova estrutura de capital – Basileia II”. E, no sítio do Banco Central, encontra-se página sobre o Projeto Basileia II no Brasil, com cronograma para sua implantação.⁵

375. Bancos e Caixas Econômicas – Caixas Econômicas são instituições destinadas a receber em depósito economias populares e reservas de capitais para movimentá-las, incentivando os hábitos de poupança e procurando desenvolver e facilitar a circulação da riqueza.

Em princípio, as Caixas Econômicas podem também ser criadas por particulares, mediante autorização do Governo (Lei nº 4.595, de 1964, art. 18, § 3º), mas a verdade é que, na prática, assim não tem acontecido.⁶ O Governo Federal criou as Caixas Econômicas Federais dando-lhes a característica de institutos de previdência (Decreto nº 2.427, de 19.06.1934, 1º *considerandum*).

Depois de várias modificações em sua estrutura, as Caixas Econômicas Federais foram, há algum tempo, objeto de grande reforma, deixando de existir as antigas Caixas e, em seu lugar, surgindo uma única Caixa Econômica Federal, instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda e fiscalizada pelo Banco Central. Operou essa reforma o Decreto-Lei nº 66.303, de 06.03.1970.

O que caracteriza a Caixa Econômica Federal é o fato de, operando como verdadeiro banco – recebendo depósitos, fazendo empréstimos etc. –, manter depósitos garantidos pelo Governo Federal. Por tal razão, interfere o Governo no seu funcionamento, apesar da autonomia que tem, vinculando-a ao Banco Central do Brasil. Anteriormente, dado que cada Caixa Econômica constituía uma unidade própria, para superintendê-las existia um Conselho Superior das Caixas Econômicas. Hoje, processada a unificação, é a Caixa Econômica administrada por um por um Conselho de Administração e uma Diretoria, constituída pela Presidência, Conselho Diretor, Vice-Presidência responsável pela gestão de ativos de terceiros e Vice-Presidência responsável pela administração ou operacionalização das loterias federais e dos fundos instituídos pelo Governo Federal, nestes incluído o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que compartilharão a representação orgânica e a gestão da CEF, e possui também um Conselho Fiscal, com funções fiscalizadoras.

Estrutura da CEF

O Conselho de Administração é composto por sete conselheiros, cinco indicados pelo Ministro de Estado da Fazenda, dentre eles o Presidente do Conselho; o Presidente da CAIXA, que exerce a Vice-Presidência do Conselho; e um conselheiro indicado pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão.

5 <http://www.bacen.gov.br/nor/basileia/BasileiaInaweb.pdf>.

6 Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 3ª parte, nº 1.331.

O Conselho Diretor é órgão colegiado responsável pela gestão e representação da CAIXA, composto pelo Presidente da CAIXA e por nove Vice-Presidentes, nomeados e demitidos *ad nutum* pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Fazenda, ouvido o Conselho de Administração.

O Conselho Fiscal é integrado por cinco membros efetivos e respectivos suplentes, escolhidos e designados pelo Ministro de Estado da Fazenda. Dentre os integrantes do Conselho Fiscal, pelo menos um membro efetivo e respectivo suplente são obrigatoriamente indicados pelo Ministro de Estado da Fazenda, como representantes do Tesouro Nacional.

A empresa tem sua sede em Brasília e filiais em todos os Estados da Federação, além de agências centrais nas cidades onde estão sediadas as filiais e agências outras nas cidades que as comportarem.

Caracteriza-se, ainda, a Caixa Econômica Federal pelo fato de nela poderem ser depositadas importâncias em dinheiro cujo levantamento ou utilização depende de autorização judicial. Pode também a Caixa Econômica Federal manter carteiras de empréstimos sob penhor de objetos.

Com a implantação do Sistema de Pagamentos Brasileiro, em 2001 (v. Lei nº 10.214, de 27.03.2001), passou-se a admitir que os depósitos judiciais podem ser efetuados em outras instituições financeiras, a critério do juiz, por meio do mecanismo denominado TED (Transferência Eletrônica Disponível).

A Caixa Econômica Federal também mantém carteiras de empréstimos sob penhor de objetos.

Por último, os menores de mais de 16 anos de idade podem fazer e movimentar depósitos na Caixa Econômica Federal.

376. Bancos e cooperativas de crédito – Cooperativas “são sociedades de pessoas com forma jurídica própria, de natureza não empresarial, simples (Código Civil, art. 982, parágrafo único), sem finalidade lucrativa, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados” (Lei nº 5.764, de 16.12.1971, art. 4º, *caput*).

As cooperativas visam a obter vantagens para os seus associados, sendo, assim, em princípio e essência, sociedades anticomerciais, já que, apesar de possuírem fim econômico, não visam a lucro fazendo especulação, elemento básico das atividades empresariais.

Essas sociedades poderão “adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão ‘cooperativa’ em sua denominação”, que devem funcionar sob denominação integrada pelo vocábulo “cooperativa” (Código Civil, art. 1.159), sendo-lhes vedada o uso da expressão “Banco” (Lei nº 5.764, de 16.12.1971, art. 5º).

Durante muito tempo, uma legislação fragmentária regulou, entre nós, as cooperativas. Depois, passaram a ser disciplinadas pelo Decreto-Lei nº 59, de 21.11.1966, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 60.597, de 19.04.1967. Hoje, são

regidas pelo Código Civil de 2002 (arts. 1.093 a 1.096), e pela Lei nº 5.764, de 16.12.1971.

“São características da sociedade cooperativa: I – variabilidade, ou dispensa do capital social; II – concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; III – limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; IV – intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; V – *quorum*, para a assembleia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado; VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; VII – distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; VIII – indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade (Código Civil, art. 1.094).”

A Lei nº 5.764, de 16.12.1971, propicia enumerar diferentes esquemas classificatórios das sociedades cooperativas:

1º) quanto ao grau ou âmbito de atuação:

- *Cooperativas de 1º grau (cooperativas singulares)*, são aquelas constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos; caracterizam-se pela prestação direta de serviços aos associados.
- *Cooperativas de 2º grau (cooperativas centrais ou federações de cooperativas)*, as constituídas de, no mínimo, 3 (três) singulares, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais; objetivam organizar, em comum e em maior escala, os serviços econômicos e assistenciais de interesse das filiadas, integrando e orientando suas atividades, bem como facilitando a utilização recíproca dos serviços.
- *Cooperativas de 3º grau (confederações de cooperativas)*, as constituídas, pelo menos, de 3 (três) federações de cooperativas ou cooperativas centrais, da mesma ou de diferentes modalidades (Lei nº 5.764, de 16.12.1971, art. 6º, *caput*); têm por objetivo orientar e coordenar as atividades das filiadas, nos casos em que o vulto dos empreendimentos transcender o âmbito de capacidade ou conveniência de atuação das centrais e federações.

2º) Quanto à responsabilidade dos associados:

- *Sociedades cooperativas de responsabilidade limitada*, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade se limitar ao valor do capital por ele subscrito.
- *Sociedades cooperativas de responsabilidade ilimitada*, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade for pessoal, solidária, e não tiver limite (Lei nº 5.764, de 16.12.1971, arts. 11 e 12).

Embora a Lei nº 5.764/1971 não preveja expressamente, admite-se a possibilidade da *sociedade cooperativa de responsabilidade mista*, tendo alguns associados com responsabilidade limitada e outros com responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada.

As cooperativas também se classificam de acordo com o objeto ou pela natureza das atividades desenvolvidas por elas ou por seus associados. Além das modalidades de cooperativas já consagradas, caberá ao respectivo órgão controlador apreciar e caracterizar outras que se apresentem (Lei nº 5.764/1971, art. 10).

O Decreto nº 22.239, de 1932, catalogava, no art. 21, as seguintes *principais* categorias de cooperativas:

- I – Cooperativas de produção agrícola;
- II – Cooperativas de produção industrial;
- III – Cooperativas de trabalho (profissionais ou de classe);
- IV – Cooperativas de beneficiamento de produtos;
- V – Cooperativas de compras em comum;
- VI – Cooperativas de venda em comum;
- VII – Cooperativas de consumo;
- VIII – Cooperativas de abastecimento;
- IX – Cooperativas de crédito;
- X – Cooperativas de seguros;
- XI – Cooperativas de construção de casas populares;
- XII – Cooperativas de editoras e de cultura intelectual;
- XIII – Cooperativas escolares;
- XIV – Cooperativas mistas;
- XV – Cooperativas centrais;
- XVI – Cooperativas de cooperativas.

Qualquer que seja o grau, as cooperativas obedecem sempre aos seguintes princípios (Lei nº 5.764/1971, art. 4º):

- 1 – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;
- 2 – variabilidade do capital social representado por quotas-partes;
- 3 – limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;
- 4 – inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;
- 5 – singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;
- 6 – quórum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital;

7 – retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral;

8 – indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

9 – neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

10 – prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

11 – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.

Pela lei atual, as cooperativas de crédito e as que tenham seção de crédito ficam subordinadas, na parte normativa, ao Conselho Monetário Nacional, e na parte executiva ao Banco Central (Lei nº 4.595, de 1964, art. 55; Lei nº 5.764/1971, arts. 92, I, e 103).

Igualmente, as atribuições cometidas por lei ao Ministério da Agricultura, no que concerne à autorização para funcionamento e fiscalização das carteiras de crédito das cooperativas que as tenham, foram transferidas para o Banco Central (Lei nº 4.595, art. 55), ficando todas elas sujeitas à disciplina sobre instituições financeiras de que trata a Lei nº 4.595, de 1964 (arts. 17 e 18). A autorização para o funcionamento dessas cooperativas se faz de acordo com o Anexo II da Circular nº 45, de 06.07.1966, do Banco Central do Brasil.

A finalidade das cooperativas em geral é realizar operações apenas com os seus associados. O Decreto nº 22.239, de 1932, esclarecia, no art. 30, que “as cooperativas de crédito têm por objetivo principal proporcionar a seus associados crédito e moeda, por meio da mutualidade e da economia, mediante uma taxa módica de juros, auxiliando de modo particular o pequeno trabalho em qualquer ordem de atividade na qual ele se manifeste, seja agrícola, industrial, ou comercial ou profissional”. Acrescentava, entretanto, o dispositivo legal que, *acessoriamente*, essas cooperativas podiam fazer, *com pessoas estranhas à sociedade, operações de crédito passivo e outros serviços conexos ou auxiliares do crédito*.

Com essa permissão abriu a lei uma válvula para que as cooperativas de crédito passassem a funcionar como verdadeiros bancos. Podendo fazer operações passivas com pessoas estranhas ao quadro social, ou seja, podendo receber dessas pessoas depósito pecuniário, passaram as cooperativas a se utilizar desses depósitos para realizar vultosas operações, excedendo, assim, o caráter de fornecedor de crédito limitado aos seus associados. Por outro lado, empregando-se artifícios para dar cumprimento às determinações legais (ex.: um estranho à sociedade emitia uma nota promissória em favor de um cooperado, que, desse modo, como proprietário do título, o descontava na cooperativa, endossando-o, muito embora o desconto reverterse em favor do emitente), estranhos passaram a usufruir os benefícios que as cooperativas deveriam proporcionar apenas aos seus associados. Por esta razão, as cooperativas de crédito proliferaram no País a tal ponto que, às vezes, o Governo foi levado a suspender as autorizações para a instalação de novas sociedades. Hoje, entretanto, várias medidas foram adotadas para restringir o abuso das cooperativas

7 – retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral;

8 – indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

9 – neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

10 – prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

11 – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.

Pela lei atual, as cooperativas de crédito e as que tenham seção de crédito ficam subordinadas, na parte normativa, ao Conselho Monetário Nacional, e na parte executiva ao Banco Central (Lei nº 4.595, de 1964, art. 55; Lei nº 5.764/1971, arts. 92, I, e 103).

Igualmente, as atribuições cometidas por lei ao Ministério da Agricultura, no que concerne à autorização para funcionamento e fiscalização das carteiras de crédito das cooperativas que as tenham, foram transferidas para o Banco Central (Lei nº 4.595, art. 55), ficando todas elas sujeitas à disciplina sobre instituições financeiras de que trata a Lei nº 4.595, de 1964 (arts. 17 e 18). A autorização para o funcionamento dessas cooperativas se faz de acordo com o Anexo II da Circular nº 45, de 06.07.1966, do Banco Central do Brasil.

A finalidade das cooperativas em geral é realizar operações apenas com os seus associados. O Decreto nº 22.239, de 1932, esclarecia, no art. 30, que “as cooperativas de crédito têm por objetivo principal proporcionar a seus associados crédito e moeda, por meio da mutualidade e da economia, mediante uma taxa módica de juros, auxiliando de modo particular o pequeno trabalho em qualquer ordem de atividade na qual ele se manifeste, seja agrícola, industrial, ou comercial ou profissional”. Acrescentava, entretanto, o dispositivo legal que, *acessoriamente*, essas cooperativas podiam fazer, *com pessoas estranhas à sociedade, operações de crédito passivo e outros serviços conexos ou auxiliares do crédito*.

Com essa permissão abriu a lei uma válvula para que as cooperativas de crédito passassem a funcionar como verdadeiros bancos. Podendo fazer operações passivas com pessoas estranhas ao quadro social, ou seja, podendo receber dessas pessoas depósito pecuniário, passaram as cooperativas a se utilizar desses depósitos para realizar vultosas operações, excedendo, assim, o caráter de fornecedor de crédito limitado aos seus associados. Por outro lado, empregando-se artifícios para dar cumprimento às determinações legais (ex.: um estranho à sociedade emitia uma nota promissória em favor de um cooperado, que, desse modo, como proprietário do título, o descontava na cooperativa, endossando-o, muito embora o desconto revertsse em favor do emitente), estranhos passaram a usufruir os benefícios que as cooperativas deveriam proporcionar apenas aos seus associados. Por esta razão, as cooperativas de crédito proliferaram no País a tal ponto que, às vezes, o Governo foi levado a suspender as autorizações para a instalação de novas sociedades. Hoje, entretanto, várias medidas foram adotadas para restringir o abuso das cooperativas

de crédito, inclusive só sendo permitidas operações ativas ou passivas com os seus próprios associados.

377. Organização dos bancos – Podem as empresas bancárias ser organizadas por pessoas jurídicas, nacionais ou estrangeiras, mediante prévia autorização do Banco Central ou, quando se tratar de banco estrangeiro, do Poder Executivo (Lei nº 4.595, de 1964, art.18, *caput*). Os bancos terão sempre a forma de sociedades anônimas e até bem pouco a totalidade do seu capital deveria ser representada por ações nominativas. Lei posterior, nº 5.710, de 07.10.1971, modificou essa orientação, permitindo que os bancos pudessem ter até 50% do seu capital representados por ações preferenciais ao portador, não sendo permitida a conversão dessas ações em outro qualquer tipo que dê direito de voto. A orientação adotada pela Lei nº 5.710, que se aplicava às instituições financeiras privadas, exceto às cooperativas de crédito, e que podia ser estendida pelo Conselho Monetário Nacional às instituições financeiras públicas constituídas sob a forma de sociedades anônimas de economia mista, causou profunda impressão nos meios empresariais pela possibilidade que dava de participação não desejada nos capitais das instituições bancárias.⁷ Posteriormente, a Lei 5.750 veio a ser revogada pelo art. 324 da Lei nº 7.565, de 19.12.1986, que é o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Hoje, as ações das sociedades por ações devem ser nominativas, e o número de ações preferenciais sem direito a voto ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas (Lei das Sociedades por Ações – Lei nº 6.404, de 15.12.1976 –, art. 20, com a redação dada pela Lei nº 8.021, de 12.04.1990, e art. 15, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001).

Para a obtenção da autorização legal, deverão os bancos dirigir-se ao Banco Central, instruindo o seu requerimento de acordo com as instruções daquela instituição.

378. Liquidação extrajudicial dos bancos. Intervenção – As empresas bancárias, como as demais sociedades empresariais, entram em liquidação para extinção da pessoa jurídica ao atingirem o prazo prefixado para o seu funcionamento, ou quando, por serem constituídas em forma de sociedades anônimas, a liquidação está prevista nos estatutos, ou há uma deliberação da assembleia geral a respeito, ou, ainda, quando o número de acionistas fica reduzido a menos de dois e a sociedade não recompôs esse mínimo na Assembleia Geral Ordinária seguinte à que o constatou. Sendo cassada a autorização governamental para funcionar, também os bancos entrarão em liquidação.

7 A Resolução nº 201, de 20.12.1971, do Banco Central, regulamentou a permissão às instituições financeiras, públicas e privadas, para emitirem ações preferenciais ao portador. A Resolução nº 469, de 07.04.1978, dispôs sobre características e constituição dos bancos comerciais. A Circular nº 589, de 17.12.1980, baixou normas para a classificação de bancos de pequeno e médio portes.

Algumas vezes, entretanto, entram os bancos em liquidação *judicial*, como, por exemplo, quando ocorre a falência dos mesmos.

Além desses modos comuns às sociedades em geral de se dissolverem, liquidando o patrimônio social e extinguindo a pessoa jurídica, a lei faculta aos bancos e às casas bancárias a liquidação *extrajudicial*. Essa se verifica ou *ex officio* ou a requerimento dos administradores. No primeiro caso, decorre a liquidação “em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira, especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração da falência; quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores”. No segundo caso, verifica-se a liquidação “a requerimento dos administradores da instituição – se o respectivo estatuto lhes conferir esta competência – ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida” (Lei nº 6.024, de 13.03.1974, art. 15, nºs I e II). A liquidação é decretada pelo Banco Central.

A liquidação extrajudicial dos bancos foi regulada por vários diplomas legais, tais como o Decreto nº 19.479, de 12.12.1930, regulamentado pelo Decreto nº 19.634, de 28.01.1931; Decreto-Lei nº 9.228, de 03.05.1946; Decreto-Lei nº 9.346, de 10.06.1946; Lei nº 1.808, de 07.01.1953, pelo Decreto-Lei nº 48, de 18.11.1966, e Lei nº 6.024, de 13.03.1974. Também trata do assunto a Lei nº 7.492, de 16.06.1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.

A liquidação extrajudicial dos bancos se fará por intermédio do Banco Central que, uma vez verificada a necessidade da medida, nomeará o liquidante para promover todos os atos relativos à liquidação (Lei nº 6.024, de 1974, art. 16). Esse liquidante é equiparado ao administrador judicial no processo falimentar, sendo o Banco Central equiparado ao juiz (Lei nº 6.024, art. 34). O processo de liquidação, aproximado do processo de falência, é regulado pelos arts. 20 e seguintes da lei. Será dada atenção especial à apuração das responsabilidades dos Diretores e membros do Conselho Fiscal do Banco, para maior garantia dos interesses de terceiros (arts. 39 e segs.).

Além da liquidação *extrajudicial* dos bancos e demais instituições financeiras, inclusive as que integram o sistema de distribuição de títulos ou valores no mercado mobiliário, de que trata o art. 5º da Lei nº 4.728, de 14.07.1965, regula a Lei nº 6.024, a *intervenção* do Banco Central em referidas instituições. Essa ocorrerá quando “a entidade sofrer prejuízo, decorrente de má administração, que sujeite a risco os seus credores” e “quando forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizados após as determinações do

Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições de fiscalização”, ou, ainda, “na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos arts. 1º e 2º da Lei de Falências” (Lei nº 6.024, art. 2º, n.ºs I, II e III). O interventor será nomeado pelo Banco Central. O processo de intervenção é regulado pelos arts. 8º a 14 da Lei nº 6.024.

379. Garantias legais aos interesses de terceiros – Tendo em vista a especialidade dos negócios bancários, em que o crédito é empregado em larga escala, natural é que a lei, com a finalidade de preservar os interesses de terceiros, adote várias providências no sentido de garantir o mais possível aqueles que confiam suas economias aos estabelecimentos bancários. Assim é que, além de ser necessária, para o funcionamento dos bancos, autorização do Banco Central, ficam esses sob constante fiscalização do mesmo (Lei nº 4.595, art. 10, IX).

Os bancos levantarão balanços gerais a 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano, obrigatoriamente, com observância das regras contábeis estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, bem como deverão recolher depósitos à vista e a prazo, nos moldes estabelecidos pelo Banco Central do Brasil (Lei nº 4.595/1964, arts. 31 e 10, III). A Lei nº 1.808, de 07.01.1953, art. 2º, com redação dada pelo art. 42 da Lei nº 4.595, estabeleceu que os diretores ou gerentes de bancos e casas bancárias serão solidariamente responsáveis pelas obrigações assumidas durante a sua gestão e até que elas se cumpram.

A Lei nº 7.492, de 16.06.1986, cognominada como “lei contra os crimes do colarinho-branco”, definiu e catalogou certos crimes contra o sistema financeiro nacional; estatuiu o procedimento criminal para ser aplicado aos controladores e administradores de instituições financeiras, considerados como tais os diretores e gerentes, sendo a eles equiparados os interventores, o liquidante ou o síndico, que hoje se chama administrador judicial.

II – Operações bancárias

380. Noção – Para cumprir as suas finalidades econômicas, os bancos realizam operações várias que se diversificam de acordo com as especialidades de cada empresa. O Código Comercial de 1850, ao tratar dos banqueiros, se referia aos atos de comércio pelos mesmos praticados denominando-os de *operações de bancos* (arts. 119 e 120). De fato, todas essas *operações* podem ser classificadas como contratos, já que, nelas, há acordo entre as partes criando obrigações. Alguns dos contratos ali referidos são específicos do comércio bancário, muito embora possam, isoladamente, ser praticados por empresários que não banqueiros; outros são contratos comuns que, para maior facilidade dos seus clientes, os bancos realizam acessoriamente. Há casos em que a lei dá privatividade aos bancos para a realização de certos atos, como, por exemplo, a compra de metais preciosos. Todos esses contratos, entretanto, têm sido tradicionalmente realizados por estabelecimentos bancários, e a denominação de *operações bancárias* bem os caracteriza.⁸

8 O *Esboço do Código Comercial*, do Des. Florêncio de Abreu, regula algumas operações bancárias sob a rubrica *Contratos bancários*, no Liv. III, Tít. VII, arts. 920 a 956. O mesmo acontece

381. Operações passivas e ativas – Na realização do seu objetivo de fazer com que as riquezas circulem, para isso dinamizando o crédito, os estabelecimentos bancários ora se tornam devedores das pessoas com quem transacionam, ora se tornam credores. As operações da primeira categoria são, por isso mesmo, denominadas *operações passivas*, e a própria lei (Dec.-Lei nº 22.239, de 19.12.1932, art. 30) já assim reconheceu quando declarou que as cooperativas de crédito podiam fazer, com pessoas estranhas à sociedade, “operações de crédito passivo”, ou seja, operações em que a sociedade se torna devedora. Aquelas em que os bancos se tornam credores dos seus clientes são *operações ativas*. Dentre as operações de crédito passivo, realizadas pelos bancos, contam-se os *depósitos*, as *emissões de notas bancárias* e os *redescontos*; como operações ativas enumeram-se os *empréstimos*, os *descontos de títulos de terceiros*, as *antecipações*, as *aberturas de crédito* e as *cartas de crédito*.

A) Operações passivas

382. Características das operações passivas – Nas operações passivas, como vimos, os bancos se tornam devedores dos seus clientes, desses recebendo numerário pelo qual ficam responsáveis. Tratando-se de coisas fungíveis, a propriedade desse numerário passa para os bancos que se obrigam a devolver não as mesmas coisas, mas coisas do mesmo valor, qualidade e quantidade.

383. Depósito pecuniário – Entende-se por *depósito pecuniário*, ou simplesmente *depósito*, a operação bancária segundo a qual uma pessoa entrega ao banco determinada importância em dinheiro, ficando o mesmo com a obrigação de devolvê-la no prazo e nas condições convencionadas. Pela utilização das importâncias que lhe são entregues, o banco às vezes, pagará juros, podendo, inclusive, ser estes capitalizados.⁹

Devendo o modo de devolução do dinheiro recebido pelo banco ser convencionado entre as partes, nascem daí as diversas modalidades de depósitos. Quando, por exemplo, a retirada, por parte do depositante, é livre, podendo esse solicitar a devolução da importância depositada por inteiro ou parceladamente, diz-se que o depósito é em *conta corrente*. À importância inicialmente depositada poderão acrescer outros depósitos, que naturalmente aumentarão o saldo credor do depositante perante o banco; cada vez que o depositante retira uma importância do banco faz-se a dedução no seu saldo. Para controle das retiradas de numerário, o banco for-
nece aos depositantes *extratos bancários*, por onde se verificará, a cada momento, o estado da conta do depositante; esses extratos servem, também, de comprova-

com o Projeto de Código de Obrigações de 1965, arts. 768 a 792 e o Projeto de Código Civil de 1975, arts. 866 a 889.

9 Anteriormente, os bancos costumavam abonar juros aos depositantes, variando a taxa de acordo com a modalidade do depósito. Pela Resolução nº 15, de 28.01.1966, do Banco Central, foi abolido o pagamento de juros aos depositantes, a não ser nos casos especiais de depósito a prazo fixo.

ção das importâncias entregues pelos depositantes aos bancos. Em regra, faz-se a retirada das importâncias depositadas mediante a emissão de cheques contra os bancos, fornecendo esses os talões de cheques necessários para a movimentação de suas contas, mediante pagamento módico. Podem, entretanto, os depositantes retirar as importâncias depositadas por meio de recibos ou outras modalidades. Uma simples carta do depositante autorizando o banco a efetuar o pagamento de certa importância a pessoa determinada é documento suficiente para que o pagamento seja efetuado, deduzindo-se a importância autorizada do saldo do cliente.

Os depósitos em conta corrente poderão ser *limitados* ou *sem limites*.

Depósitos populares são os que possuem certas garantias em caso de liquidação dos bancos, dando-lhes a lei o privilégio geral a que se refere o art. 83, V, da Lei de Falências.

Igualmente, podem as partes convencionar que, em vez de serem retiradas livremente as importâncias depositadas, o depositante se obriga a só movimentar sua conta decorrido um certo prazo; essa modalidade de depósito tem a denominação de *depósito a prazo fixo* e como traz para o banco vantagens, pois esse pode empregar o capital depositado com a certeza de que ele só poderá ser retirado decorrido um certo período de tempo, costumam os bancos conferir-lhe uma taxa de juros. Há, ainda, depósitos em que as partes combinam que as retiradas ficam sujeitas a um *aviso prévio*, em tal caso só podendo os depositantes retirar ditas importâncias se derem referido aviso.¹⁰

Também podem os depositantes, ao fazer depósitos, condicionar a movimentação dos mesmos a determinados fatos. Tais depósitos têm a denominação de *depósitos vinculados* e servem, em regra, de garantia a outras operações a serem realizadas pelos bancos.

Por último, os depósitos podem ser feitos para ser movimentados por mais de uma pessoa e neste caso tomam o nome de *depósitos conjuntos*. Cada pessoa autorizada a movimentar as contas poderá retirar importâncias depositadas, fazendo o banco dedução no saldo credor do depositante; também pode ser convencionado que, sendo os depósitos feitos por mais de uma pessoa, as retiradas só o serão por uma ou por todas, conjuntamente.

384. Emissão de notas bancárias – Alguns bancos se caracterizam pela facultade que têm de emitir *notas bancárias*, que são títulos que algumas vezes chegam a ter curso forçado. Para isso, entretanto, necessário é que recebam a autorização especial do Governo.

Entre nós, até bem pouco, não existiam bancos com o poder de emitir notas bancárias. Em tempos passados, entretanto, vários bancos, inclusive o Banco do Brasil, fizeram emissões de notas, devidamente autorizadas pelo Governo. Atualmente, compete privativamente ao Banco Central emitir papel-moeda e moeda metálica, nas condições e nos limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.595, art. 10, I).

¹⁰ Os depósitos de aviso prévio variam de 30 a 120 dias de aviso, e em tal caso também podem auferir juros (Resolução nº 15, do Banco Central, item 10).

Emitindo notas bancárias, os bancos se tornam devedores das importâncias postas em circulação, obrigando-se a devolvê-las aos portadores das notas de acordo com as modalidades da emissão.

385. Redesconto – Os Bancos costumam fazer operações de *descontos* de títulos de crédito, isto é, operações segundo as quais os portadores de títulos de crédito (letras de câmbio, notas promissórias, *warrants* etc.) lhes transferem a propriedade desses títulos, recebendo as importâncias neles mencionadas, descontados os juros e as comissões legais. Essa é uma operação em que o banco figura como credor, isto é, uma *operação ativa*.

No entanto, para poder utilizar-se com brevidade do capital empregado no desconto de títulos, os bancos poderão *redescontar* referidos títulos em outros estabelecimentos bancários. Praticando essa operação, os bancos se tornam devedores daqueles em que fazem o redesconto, pela garantia que dão aos títulos redescontados. E obtêm mais disponibilidade para as suas operações comuns, com a realização do capital por eles empregado na primeira operação, vale dizer, no desconto dos títulos de terceiros.

Entre nós, o Banco do Brasil manteve uma Carteira de Redescontos que funcionou com relativa autonomia, possuindo, inclusive, contabilidade própria e podendo redescontar títulos até mesmo apresentados pelo próprio Banco do Brasil. Essa Carteira de Redescontos, inicialmente, por força do art. 2º do Decreto-Lei nº 6.634, de 27.06.1944, tinha privatividade para realizar as operações de redesconto no País; posteriormente, entretanto, o Decreto-Lei nº 8.494, de 28.12.1945, retirou essa privatividade da Carteira de Redescontos, permitindo que outros bancos fizessem o redesconto, mas dando à Carteira do Banco do Brasil poderes para fixar o limite do redesconto que não podia exceder o capital e as reservas do banco interessado. Pela Lei nº 4.595, de 1964, a Carteira de Redescontos do Banco do Brasil foi extinta, incorporando-se os seus bens, direitos e obrigações ao Banco Central (art. 56).

B) Operações ativas

386. Características – Operações ativas são aquelas que os bancos praticam na qualidade de credores. Em tal caso, empregam eles não apenas o seu capital como o numerário recebido de terceiros, que passa à sua propriedade por se tratar de coisas fungíveis. Aplicando esse numerário, os bancos cobram uma taxa de juros, em regra fixada pelo Banco Central.

As principais operações ativas dos bancos são os *empréstimos*, os *descontos de títulos de terceiros*, as *antecipações*, as *aberturas de crédito* e as *cartas de crédito*.

387. Empréstimos – Empréstimos são as operações segundo as quais os bancos entregam a terceiros uma certa soma de dinheiro para lhes ser devolvida dentro de um prazo determinado, para tanto cobrando juros. Na teoria geral dos contratos, o empréstimo é um gênero de contrato, dividindo-se em duas espécies: o *mútuo*,

que é o empréstimo de *coisas fungíveis*, e o *comodato*, empréstimo de *coisas infungíveis*. Na linguagem bancária, dá-se o nome de *empréstimo* ao mútuo, sendo essa uma das operações básicas dos bancos.

Em princípio, o empréstimo se baseia no crédito, ou seja, na confiança que tem o banco na solvabilidade do seu cliente, e nessas condições o contrato se perfaz com o simples acordo das partes. Entretanto, comum é que os empréstimos sejam concedidos mediante a emissão de um título de crédito do mutuário, em regra uma nota promissória, servindo esse título de garantia e meio de prova da operação. Note-se que o título deve ser emitido pelo próprio mutuário, pois, em se tratando de título de terceiro, teremos uma outra operação bancária, isto é, o *desconto*.

Os empréstimos podem ser a longo ou curto prazo, sendo mais comuns os da última espécie; são considerados a longo prazo os empréstimos com vencimento de mais de 120 dias. Os bancos em geral dão grande importância ao pagamento, pelos mutuários, no dia determinado, das importâncias emprestadas, visto como estruturam os seus compromissos tendo em vista o recebimento, nas datas certas, das importâncias mutuadas.

Em regra, quase todas as operações ativas dos bancos são modalidades de empréstimos. O que os diferencia é a espécie de garantia oferecida pelo mutuário para que lhe seja concedido o numerário de que necessita.

388. Desconto – Uma outra operação ativa nos bancos é o *desconto bancário*, contrato pelo qual uma pessoa recebe do banco determinada importância, para isso transferindo ao mesmo um título de crédito de terceiro. Diverge, assim, o desconto do empréstimo propriamente dito, porque neste o banco pode exigir do mutuário um título de crédito *por ele emitido*, enquanto que no desconto os títulos transferidos ao banco são de emissão de pessoas outras que não aquela que vai fazer o desconto. Ao transferir ao banco os títulos de terceiros de que é proprietário, o mutuário ou *descontário*, como o chama Carvalho de Mendonça, se responsabiliza também pela solvabilidade do devedor principal, aumentando, assim, as garantias dos títulos. Isso faz com que os bancos possam operar com relativa segurança no desconto desses títulos.¹¹

389. Antecipações – *Antecipações* são operações bancárias bastante aproximadas do desconto e dos empréstimos, mas que se caracterizam pelo fato de alguém receber do banco determinada importância, dando garantia real para o pagamento da importância adiantada. Essa garantia pode consistir em mercadorias ou títulos representativos das mesmas, tais como conhecimentos de depósitos, *warrants* ou conhecimentos de transporte. Podem, igualmente, consistir em títulos de crédito cotados nas Bolsas.

Divergem as antecipações dos descontos, porque nestes há a transferência de títulos de terceiros para os bancos, enquanto nas antecipações os títulos deposita-

11 Sobre o assunto v. Bonfim Viana – *Desconto bancário* (Ensaio), Fundação Raul Barbosa, Fortaleza, 1984.

dos nos bancos servem apenas de *garantia*. Dos empréstimos comuns se afasta, porque nestes a garantia oferecida pelos mutuários é *pessoal*, enquanto que na antecipação há *garantia real*.

390. Aberturas de crédito – Entende-se por *abertura de crédito* o contrato segundo o qual o banco se obriga a pôr à disposição de um cliente uma soma em dinheiro por prazo determinado ou indeterminado, obrigando-se este a devolver a importância, acrescida dos juros, ao se extinguir o contrato. O banco que põe à disposição do cliente a soma de dinheiro denomina-se *creditor*; a parte a quem a importância é posta à disposição tem o nome de *creditado*. O contrato de abertura de crédito é muito usado no comércio e pode receber *garantia pessoal* ou *real*.

Pondo à disposição do creditado os fundos convencionados, o banco se obriga a fornecê-los, total ou parcialmente, segundo for ajustado. O creditado não será, contudo, obrigado a utilizar todo o crédito posto à sua disposição; não fazendo a utilização total da soma creditada, os juros serão pagos apenas pelas importâncias empregadas.

Os contratos de abertura de crédito podem repousar no crédito pessoal do creditado ou ser garantidos por penhor, fiança ou hipoteca. No primeiro caso, temos a modalidade da abertura de crédito *a descoberto*; no segundo, há a abertura de crédito *garantida*.

Uma outra modalidade de contrato, de grande importância para o comércio exportador e importador, é o chamado crédito *documentado*. Caracteriza-se essa modalidade de contrato pelo fato de convencionar o banco creditor com o creditado a abertura de um crédito em favor de terceiro, passando esse terceiro a ser o *beneficiário* do contrato. Em geral essa espécie de crédito está ligada a uma operação de compra feita pelo creditado com o beneficiário. O banco passa a fornecer o capital para o pagamento da compra pagando ao beneficiário, que é o vendedor, a importância devida, e desse recebendo os documentos relativos ao embarque das mercadorias adquiridas pelo creditado, ou seja, os conhecimentos das mercadorias, as cópias das faturas, as apólices de seguro, os certificados de origem, peso e qualidade, e a fatura consular, quando se trata de mercadoria embarcada no estrangeiro. O banco, em essência, fez um desconto dos títulos sacados pelo vendedor contra o comprador, devendo ao título descontado serem juntos os documentos das mercadorias. Esse desconto, entretanto, é especificado e previamente *autorizado pelo comprador*, repousando nessa convenção prévia o contrato de abertura de crédito.

As aberturas de crédito *documentado* poderão ser *simples*, quando o creditor, no caso o banco, não é obrigado a receber importâncias parciais do crédito aberto, ou *em conta corrente*, quando se estipula que o creditado poderá fazer reembolsos parciais, servindo esses para renovar o crédito posto à sua disposição.

Pode, igualmente, a abertura de crédito documentado ser de crédito *não confirmado* e nesse caso o creditado pode a qualquer momento revogar a ordem de pagamento pelo banco ao beneficiário, ou *confirmado*, também chamado crédito *irrevogável*, quando o creditado não pode revogar a ordem do pagamento, o que

faz com que o banco se obrigue perante o beneficiário a pagar-lhe a importância relativa à compra feita pelo creditado.

Ainda constituem uma modalidade de abertura de crédito os chamados *créditos de firma*, dados pelos bancos aos seus clientes. Segundo esse contrato, o banco se obriga a aceitar letras de câmbio, a avalizar títulos ou a afiançá-los, dando, assim, maior garantia aos mesmos, para isso cobrando uma comissão.

391. Cartas de crédito – O Código Comercial de 1850, no art. 264, referia-se às *cartas de crédito*, não chegando, porém a conceituá-las. São elas ordens escritas dadas por um banco a outro estabelecimento de crédito, localizado em praça diferente, para que esse ponha à disposição de uma ou mais pessoas determinadas certa quantia que deve ser retirada, total ou parcialmente, num prazo especificado.

As cartas de crédito revestem-se, assim, das seguintes características: *a)* devem constar de um documento escrito, emanado do banco que autorizar a abertura do crédito; *b)* devem referir-se a uma ou mais pessoas determinadas; *c)* o crédito aberto deve ser limitado; *d)* deve ser fixado o prazo para a utilização do crédito. Em consequência, a abertura do crédito pode ser autorizada por carta ou telegrama e o beneficiário pode ser apenas uma ou mais de uma pessoa. *Comuns* são as cartas autorizando a abertura de crédito para marido e mulher.

O contrato é firmado entre o *banco creditor*, ou seja, o que emite a carta, e a pessoa creditada, no caso o *beneficiário*. A função do banco que recebe a carta é simplesmente pôr à disposição do beneficiário as somas de que esse necessite, dentro do limite e no prazo fixado. Essas importâncias serão debitadas não ao beneficiário da carta de crédito, mas ao banco que expedir a mesma.

Para que seja concedida uma carta de crédito, pode o beneficiário possuir ou não *provisão* no banco creditor. No primeiro caso, a abertura do crédito ficará vinculada à provisão e em essência se desnatura o contrato, pois o banco nada mais faz do que autorizar aos seus correspondentes a entrega de determinadas importâncias que estão em seu poder; aproxima-se, nesse caso, a carta de crédito, mais a uma ordem de pagamento do que a uma operação puramente creditícia. Quando, entretanto, o creditado ou beneficiário não dispõe de provisão em poder do banco creditor dá-se uma abertura de crédito a seu favor, com a diferença, apenas, de que esse crédito será usufruído em praça diversa daquela em que está sediado o banco, entregues as importâncias por terceiros que não o banco creditor.

O beneficiário, como acontece nas aberturas de crédito, pode utilizar-se ou não de toda a importância posta à sua disposição. Os juros em geral serão pagos apenas pelas importâncias utilizadas.

As cartas de crédito podem ser passadas para uma ou várias praças diferentes; neste último caso, deve a carta mencionar os limites que poderão ser utilizados em cada praça.

Atualmente, ainda utilizados são os *traveller's checks*, espécies de cheques que se aproximam das cartas de crédito, se bem tenham natureza diversa. Para a utilização do *traveller's check*, a pessoa adquire cheques em um estabelecimento bancário, assinando-os em presença de um funcionário, ficando nos cheques, que

têm valor certo, lugar para uma outra assinatura. De posse desses cheques a pessoa pode descontá-los em estabelecimentos de crédito de outras praças, identificando-se com a aposição da segunda assinatura, que deve conferir com a primeira. Os *traveller's checks*, que, com ligeiras modificações, são hoje usados em vários países, não devem, contudo, ser confundidos com as cartas de crédito. Estas, em princípio, se baseiam numa *abertura de crédito*, enquanto aquelas nada mais são que *ordens de pagamento* das importâncias nos mesmos consignadas, importâncias essas que já foram entregues ao fornecedor dos *traveller's checks* por ocasião da aquisição dos mesmos.

III – Outras operações bancárias

392. Comércio bancário – Além das operações passivas e ativas, acima enumeradas, os bancos podem praticar outras, em geral figurando como simples intermediários ou prestando um serviço determinado. Pela sua interferência, os bancos cobram comissões, com o que cobrem os gastos efetuados nessas operações, devendo ainda restar uma margem de lucro. Dentre as inúmeras operações de intermediação e prestação de serviços que os bancos podem *realizar*, citaremos as *operações de câmbio*, o “*del credere*” bancário, o *câmbio manual*, ou simples troca de moedas, as *cobranças*, as *transferências* de somas de uma praça para outra, por conta de terceiro, as *compras* e vendas de *valores móveis*, os *depósitos em custódia* e os *serviços de cofres individuais*.

393. Operações de câmbio – De larga importância no comércio internacional são as chamadas *operações de câmbio*, realizadas através de bancos especialmente autorizados pelo Governo e fiscalizados pelo Banco Central. Resumem-se essas operações na aquisição e venda de letras de câmbio pagáveis no estrangeiro, ficando a cotação dessas letras de câmbio, também chamadas de *cambiais*, subordinada à lei da oferta e da procura. Algumas vezes, entretanto, os governos interferem diretamente na política cambiária, determinando as operações que devem ser realizadas em uma taxa oficial e as que poderão ser feitas na taxa livre, ou câmbio livre, resultante da livre convenção entre as partes. Estão as operações de câmbio ligadas diretamente à exportação e importação, pois, exportando mercadorias ou matérias-primas, o País se torna credor de importâncias que servirão para solver os compromissos relativos à importação.

Ao lado das operações de compra e venda de *cambiais* pagáveis no estrangeiro, os bancos também podem operar no chamado *câmbio manual*, ou seja, a compra e venda de moedas estrangeiras em espécie ou em *traveller's checks*. Essas operações poderão também ser feitas por estabelecimentos especializados, as chamadas *casas de câmbio*, que, para funcionar, necessitam de autorização do Banco Central (Lei nº 4.595, art. 10, X, d).

394. “Del credere” bancário – *Del credere* é a operação segundo a qual uma pessoa assume perante outra a responsabilidade pela solvência de um terceiro. No contrato de comissão é onde mais aparece o *del credere*. O comissário, simples in-

termediário entre o vendedor e o comprador, se bem que, agindo perante o terceiro, não em nome do comitente, mas no seu próprio, pode assumir, perante o comitente, responsabilidade pela solvência do terceiro, para tanto cobrando uma remuneração. Em tais condições, o comissário deixa de ser um simples intermediário para se tornar garante da solvabilidade do terceiro, tendo essa garantia o nome de *del credere* (v. *supra*, nº 240).

Também os bancos poderão praticar operações de *del credere*, dando garantias de solvabilidade de pessoas em contratos entre elas firmadas. A garantia da solvabilidade dada pelo banco acarreta para ele a responsabilidade de efetuar o pagamento se o devedor não o fizer. Variadas são as modalidades pelas quais os bancos realizam o *del credere*. Pelo risco assumido é cobrada uma comissão.

395. Compra de metais preciosos – De acordo com o disposto no art. 3º, 1, letra *a*, do Decreto nº 14.728, de 16.03.1921, que aprovou o regulamento para a fiscalização dos bancos e das casas bancárias, poderiam esses estabelecimentos exercer o comércio “de ouro ou prata em moeda, em pó ou em barra”. Esse comércio, conforme atestam os historiadores do Direito Comercial, sempre foi praticado pelos banqueiros.

Entretanto, o Regulamento dos Corretores de Fundos Públicos, baixado pelo Decreto nº 2.475, de 13.03.1897, dispunha, no art. 29, que “são da *exclusiva competência* dos corretores de fundos públicos e *somente por seu intermédio se poderão realizar... d)* a compra e venda de metais preciosos amoldados ou em barra”. Tal dispositivo foi, desse modo, modificado pelo decreto de 1921, sendo, assim, permitida aos bancos a aquisição de metais preciosos. Hoje, entretanto, em face de nova estruturação dada às atividades dos antigos corretores de fundos públicos e por terem passado para o Banco Central os assuntos relativos à fiscalização bancária, a compra de ouro e metais preciosos é feita com privatividade por instituição financeira integrante do Sistema Financeiro Nacional, devidamente autorizada pelo Banco Central.

396. Cobrança e transferência – Costumeira é a operação de cobrança de títulos, realizada pelos bancos em geral. Em tais casos, os bancos agem como meros mandatários dos proprietários dos títulos, cobrando pelos serviços executados uma comissão. A propriedade dos títulos continua, contudo, a ser dos beneficiários dos mesmos, agindo os bancos como simples intermediários.

Ainda realizam os bancos *transferências* de numerário por ordem de terceiros, cobrando uma comissão pelos serviços. Para que haja transferência, o dador da ordem entrega ao banco a importância que deseja transferir, comprometendo-se o banco a autorizar aos seus correspondentes nas praças diversas a efetuar o pagamento. As transferências podem ser feitas por cartas, por telegramas ou por meio eletrônico, segundo o desejo do dador da ordem. Algumas vezes este pede ao banco um cheque correspondente à importância entregue, em favor do terceiro localizado em praça diversa. Em tal caso, o próprio dador da ordem envia o cheque ao beneficiário, que com ele retirará a importância no banco sobre o qual é emitido.

397. Compra e venda de valores móveis – Podem, igualmente, os bancos operar na compra e venda de valores móveis, ou seja, de títulos que assegurem rendas aos proprietários. Para realizar tais operações, necessário é um acordo entre os bancos e os seus clientes, agindo aqueles segundo as instruções emanadas dos últimos.

398. Depósitos em custódia e serviço de cofres individuais – Ainda, dentre as principais operações comumente realizadas pelos bancos, figuram os depósitos em custódia e os serviços de locação de cofres individuais. Os primeiros, uma das mais antigas operações bancárias, consistem no fato de alguém confiar aos bancos, para depósito, títulos ou valores móveis, ficando os bancos responsáveis pela boa guarda dos mesmos. Algumas vezes as partes podem convencionar a administração dos valores confiados ao banco, e neste caso esse se encarregará de praticar determinados atos, tais como a cobrança de dividendos de ações, o recebimento de juros etc.

Quanto aos serviços de *cofres individuais*, trata-se de uma locação de coisa, feita pelos bancos aos seus clientes. Para tanto, possuem esses estabelecimentos cofres individuais, localizados em lugar seguro, devendo os bancos garantir aos seus clientes a invulnerabilidade dos cofres. O cliente – que na linguagem bancária tem, no caso, o nome especial de *assinante* – recebe a chave do cofre alugado e só ele poderá utilizar-se do mesmo, nos horários convencionados. Em tais condições, o banco não responde pela devolução dos documentos ou valores depositados nos cofres, e sim pela segurança e invulnerabilidade destes. Os contratos são, em geral, por prazo determinado, percebendo os bancos uma comissão pela utilização dos cofres por parte dos assinantes.

Os contratos de locação de cofres individuais podem ser feitos para a utilização dos cofres por mais de uma pessoa. Em tais casos, cada uma dessas tem o direito de utilizar-se dos cofres, de acordo com o convencionado no contrato.

399. Financiamento – Contrato bastante utilizado pelos bancos, que em suma nada mais é que uma modalidade especial de abertura de crédito, é o chamado *financiamento*. Por ele, o banco adianta a certa pessoa uma importância determinada para a execução de um empreendimento, ficando, contudo, com o direito de receber diretamente dos devedores do seu cliente os créditos que este tiver em relação aos mesmos. Há, assim, uma cessão de crédito do cliente em favor do banco. Pode, contudo, essa cessão não se operar quando, para obter o financiamento, o cliente faz uma caução junto ao banco. Em tal caso, ao receber dos devedores do financiado as importâncias relativas à amortização da soma financiada, o banco financiador faz esse recebimento em nome do credor.

O contrato de financiamento bancário é bastante usado nas atividades comerciais, tendo várias facilidades em virtude de estar o Estado interessado em promover o desenvolvimento do comércio e da indústria.

O Projeto de Código de Obrigações de 1965 regulava o contrato de financiamento nos arts. 792 e 793. Esses artigos foram repetidos no Projeto de Código Civil de 1975 (arts. 888 e 889).

O Código Civil de 2002 não regula o contrato de financiamento; apenas refere-se ao “financiamento de instituição financeira do mercado de capitais”, no art. 528, sob o título “Da Compra e Venda com Reserva de Domínio”.

400. Cheques garantidos – Ultimamente, os bancos têm posto em prática uma operação que traz apreciáveis vantagens para os clientes e também bons rendimentos para as instituições bancárias. Trata-se do fornecimento, a clientes selecionados, de talões dos chamados *cheques garantidos*, que tomam um nome específico de acordo com o banco fornecedor dos talões de cheques (*Cheques Ouro*, do Banco do Brasil; cheques *Conterrâneo*, do Banco do Nordeste do Brasil; *Cheques BEC*, do Banco do Estado do Ceará).

Essa modalidade operacional surgiu na Inglaterra, por volta de 1962, quando aí foram introduzidos em larga escala os cartões de crédito. O fornecimento de cheques garantidos foi iniciado como uma modalidade a mais para facilitar as atividades bancárias.

Em princípio, o fornecimento dos cheques garantidos nada mais é que uma abertura de crédito em favor de determinado cliente, havendo um limite para o crédito aberto e um prazo, renovável, para a sua utilização. Aberto o crédito, o cliente pagará juros pelas importâncias utilizadas sem cobertura, cobrando-se esses juros dia a dia.

Um contrato escrito é feito pelo banco creditor e pelo creditado, no qual estão estabelecidos o limite de crédito, o prazo de utilização e a taxa de juros a ser cobrada pelo banco. O creditado é identificado pelo banco creditor através de um cartão, de que constam o nome e a assinatura do beneficiário, prazo de utilização do crédito e, naturalmente, a identificação do estabelecimento creditor, com o número da conta do cliente. A conta do creditado é em regra a mesma conta corrente que o cliente mantém com o banco, podendo, entretanto, as duas contas ser separadas. O crédito pode ser usado não apenas no estabelecimento emissor dos cartões, mas em quaisquer de suas agências ou sucursais. Para a renovação do contrato deve ser providenciada a substituição do cartão e reforma do contrato em um prazo *antes do vencimento*, em regra de 30 dias.

Um problema que tem sido discutido é o de saber-se se o crédito aberto é puramente *pessoal*, baseando-se, assim, o contrato apenas no cadastro do cliente, ou se deve ser levado em conta o *saldo médio da conta* corrente para, por ele, se limitar o montante do crédito concedido. No Brasil, a orientação do Banco Central é no sentido de ser aberto o crédito, levando-se em conta apenas o cadastro do cliente; alguns bancos, entretanto, fornecedores desses cheques, tomam em consideração o saldo médio da conta bancária do cliente. O Banco Central chegou a baixar uma Resolução proibindo que fosse tomado em consideração, para a abertura dos créditos aos clientes portadores de cheques garantidos, o saldo médio das contas desses nos estabelecimentos bancários; houve, contudo, reação por parte dos bancos, que se sentiam prejudicados com essa orientação, e a Resolução do Banco Central foi suspensa.

Uma das maiores vantagens dos cheques garantidos é a de poderem eles, como foi assinalado, ser descontados em quaisquer agências do banco creditor. Assim, os portadores dos *Cheques Ouro*, do Banco do Brasil, podem descontar esses cheques em quaisquer agências desse Banco no exterior. Uma peculiaridade na emissão dos cheques garantidos é que, na agência fornecedora do talão, eles podem ser de qualquer importância, mesmo ultrapassando os limites de crédito, desde que o emitente tenha fundos em sua conta corrente que, acrescidos ao crédito aberto, sejam suficientes para cobrir as importâncias dos cheques. Se, entretanto, o cheque é descontado em outra agência, a sua importância máxima deve ser a de um décimo do crédito aberto, importância essa que está assinalada no cartão de identificação. No mesmo momento, entretanto, podem ser emitidos tantos cheques quantos deseje o portador dos talões, desde que a totalidade desses cheques não ultrapasse o limite do crédito aberto.

Quando o recebimento dos cheques é feito na agência emissora do talão, não há necessidade da apresentação do cartão de identificação do creditor; se, entretanto, esse recebimento é feito em outra agência, a apresentação do cartão é indispensável para que sejam feitas as verificações naturais sobre se a emissão do cheque está regular ou não.¹²

12 Sobre os cheques garantidos, v. Guillermo Jesus Jiménez Sánchez, *El cheque garantizado*, Universidade de Sevilla, 1973.

The first part of the report deals with the general conditions of the country. It is a very interesting and valuable contribution to the knowledge of the country. The author has done a great deal of work in the field and has collected a large amount of material. The report is well written and is a valuable contribution to the knowledge of the country.

The second part of the report deals with the geology of the country. It is a very interesting and valuable contribution to the knowledge of the country. The author has done a great deal of work in the field and has collected a large amount of material. The report is well written and is a valuable contribution to the knowledge of the country.

The third part of the report deals with the hydrology of the country. It is a very interesting and valuable contribution to the knowledge of the country. The author has done a great deal of work in the field and has collected a large amount of material. The report is well written and is a valuable contribution to the knowledge of the country.

The fourth part of the report deals with the zoology of the country. It is a very interesting and valuable contribution to the knowledge of the country. The author has done a great deal of work in the field and has collected a large amount of material. The report is well written and is a valuable contribution to the knowledge of the country.

The fifth part of the report deals with the botany of the country. It is a very interesting and valuable contribution to the knowledge of the country. The author has done a great deal of work in the field and has collected a large amount of material. The report is well written and is a valuable contribution to the knowledge of the country.

XXX
ARRENDAMENTO MERCANTIL OU "LEASING"

Capítulo Oitavo
ARRENDAMENTO MERCANTIL ("LEASING"),
FATURIZAÇÃO ("FACTORING"), FRANQUIA
("FRANCHISING"), "KNOW-HOW"
E CARTÕES DE CRÉDITO



ARRENDAMENTO MERCANTIL OU "LEASING"

401. Noção – Entende-se por *arrendamento mercantil* ou *leasing* o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado.

Verificam-se, assim, no contrato de arrendamento mercantil ou *leasing* as seguintes ocorrências: *a)* o arrendatário indica à arrendadora um bem que deverá ser por essa adquirido; *b)* uma vez adquirido o bem, a sua proprietária arrenda-o à pessoa que pediu a aquisição; *c)* findo o prazo do arrendamento, o arrendatário tem a opção de adquirir o bem, por um preço menor do que o de sua aquisição primitiva. Caso não deseje comprar o bem, o arrendatário poderá devolvê-lo ao arrendador ou prorrogar o contrato, mediante o pagamento de alugueres muito menores do que o do primeiro arrendamento.

O arrendamento mercantil ou *leasing* aparece, assim, como uma modalidade de financiamento ao arrendatário, facilitando-lhe o uso e gozo de um bem de sua necessidade sem ter esse de desembolsar inicialmente o valor desse bem, e com a opção de, findo o prazo estipulado para a vigência do contrato, tornar-se o mesmo proprietário do bem, pagando nessa ocasião um preço calcado no valor residual do mesmo.

402. Denominação – Este contrato, surgido e utilizado, em larga escala, a partir de 1952, nos Estados Unidos, é conhecido, desde a sua origem, por *leasing*. Regulamentando o mesmo, o legislador francês traduziu-o por *crédit-bail*, como passou a ser conhecido na França. Na Bélgica, que também legislou a respeito, é conhecido como *leasing* ou *arrendamento financeiro (location-financement)*. No Brasil, que em 1974 baixou uma lei dispendo sobre o tratamento tributário das operações que se verificam nesse contrato, foi-lhe dado o nome de *arrendamento mercantil*. Os demais países que o adotaram conservam o nome de *leasing*, pelo qual continua a ser conhecido até mesmo nos países que lhe deram uma denominação especial.

403. Histórico – O *leasing* surgiu como uma nova modalidade de serem atendidos interesses dos empresários em face de contingências econômicas específicas.

Como sempre acontece no campo do Direito Empresarial, dado o natural dinamismo do comércio, procuram sempre os empresários descobrir novos métodos que facilitem as suas transações, criando, assim, figuras novas de comercialização, às quais se adaptam as normas do Direito Empresarial. Com o *leasing* ocorreu isso: sentindo um empresário americano, P. Boothe Jr., necessidade de certos bens sem ter o numerário suficiente para adquiri-los, imaginou que bons serviços prestariam ao comércio empresas que se encarregassem dessa aquisição e pusessem os bens à disposição dos empresários mediante arrendamento dos mesmos, dando-se aos arrendatários a faculdade de, findo o prazo do contrato, adquirir os bens arrendados. Daí surgiu a primeira empresa de *leasing*, a U.S. Leasing, em breve a essa seguindo-se muitas outras, dado o êxito obtido.

Como em geral acontece, ao serem estudados, com maiores detalhes, aspectos jurídicos e econômicos desse contrato, começaram a aparecer também sugestões de que o mesmo tinha precedentes no campo jurídico ou econômico. Assim, há autores que veem traços do *leasing* na mais alta antiguidade, como na Babilônia (Código de Hamurabi) e no Egito;¹ outros negam peremptoriamente a participação de P. Boothe Jr. na criação desse contrato, achando que o feito de Boothe foi “um acontecimento trivial” e que “o Sr. Boothe não é o pai do *leasing*, já que este englobou fórmulas muito anteriores ao mais antigo dos antepassados americanos daquele”.² Procura-se, também, aproximar o *leasing*, em sua forma atual, ao sistema de aluguel e assistência ao uso dos telefones posto em prática, nos Estados Unidos, em 1877, pela Bell Telephone System ou, posteriormente, aos métodos de aluguel de máquinas pela IBM, pela International Cigar Machinery e pela United Shoe Machinery Corporation, isso já em 1920.

Todas essas sugestões só têm um significado relativo. O *leasing*, tal como hoje se pratica com sucesso não apenas nos Estados Unidos, mas em todo o mundo, surgiu, inegavelmente, do feito de P. Boothe Jr. ao criar a U.S. Leasing, em 1952. Se esse contrato tem aproximações com outros procedimentos praticados antes, não foi, contudo, baseado nesses cometimentos que P. Boothe Jr. criou sua empresa. O que procurou ele foi um método novo, não utilizado então, para resolver situações prementes de certos empresários. E o êxito de sua empresa deu lugar ao aparecimento de inúmeras outras, sendo, naturalmente, aperfeiçoado o processo de financiamento de empresas com novas modalidades não previstas ou praticadas inicialmente.

Dos Estados Unidos o *leasing* se expandiu para outros países, sendo introduzido na Inglaterra, em 1960, e na França, em 1962; hoje, é praticado em quase todos os países da Europa. No Brasil, contam-se algumas iniciativas isoladas a partir de 1960, mas na realidade só se tornou o *leasing* mais ativo depois de 1964.³

1 El Moktar Bey, *Leasing et crédit-bail mobiliers*, Paris, Dalloz, 1970, p. 3.

2 J. M. Martín Oviedo, *El leasing ante el derecho español*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1972, pp. 17 e 18.

3 Ultimamente, tem sido estudada a possibilidade da adoção de regras uniformes internacionais para o contrato de *leasing*. Assim, um Comitê de Estudos, instituído pela Unidroit,

404. Sistema legal – Como todos os contratos novos, o *leasing* é, inicialmente, praticado sem dispositivos legais a regulamentá-lo. Nos Estados Unidos, país onde, sob a forma atual, surgiu e se desenvolveu grandemente, há algumas regras esparsas a regulamentá-lo, encontrando-se, também, vários dos seus aspectos regulados pelo *Uniform Commercial Code*.

Na França, o *crédit-bail* foi regulado pela Lei nº 66.455, de 02.07.1966, que declarou quais as operações consideradas de *leasing* (art. 1º); essa lei foi complementada e modificada pela Ordenança nº 67.837, de 28.09.1967, que estabeleceu só poderem as operações de *leasing* ser realizadas por sociedades comerciais, ficando subordinadas às regras por sociedade que regem os bancos e as operações bancárias. Também criou a Ordenança nº 67.837, de 1967, um novo tipo de sociedades que se destinam a praticar as operações de *leasing*, chamadas de *sociétés immobilières para o comércio e indústria* (Sicomi); essas sociedades têm um estatuto especial e só podem tomar a forma anônima ou de sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Por último, pelo Decreto nº 72.665, de 04.07.1972, foram estabelecidas normas sobre a publicidade das sociedades de *leasing* mobiliário ou imobiliário.⁴

Na Bélgica também foi o *leasing* regulado pelo Decreto Real nº 55, de 10.11.1967, cujo art. 1º caracteriza as operações de *leasing*. Outros diplomas legais dizem respeito ao *leasing* nesse país: o Decreto Real de 10.11.1967 modificando o Código de Impostos para diminuir a taxa incidente sobre as operações de *leasing*, e o decreto ministerial de 23.02.1968 que determina as condições de autorização das empresas praticantes de *leasing* cujo estatuto social tenha sido organizado de acordo com o Dec. Real nº 55, de 1967.

O Brasil regulou o *leasing* através da Lei nº 6.099, de 12.09.1974, modificada pela Lei nº 7.132, de 26.10.1983, designando-o de *arrendamento mercantil*. Refere-se esse diploma legal principalmente ao tratamento tributário das operações decorrentes do contrato, mas, ainda assim, conceituou o *leasing*, considerando “a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenham por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta” (art. 1º); esse conceito foi alterado pelo art. 1º da Lei nº 7.132/83, que permitiu o *leasing* entre pessoa jurídica (arrendadora) e pessoas físicas ou jurídicas. Estabelece a lei cláusulas obrigatórias para o contrato, no art. 5º, mas esse artigo também foi alterado em relação ao

realizou, de 30 de setembro a 02.10.1980, uma reunião, em Roma, na qual foi aprovado um anteprojeto de lei uniforme internacional para essas operações. Vários *simposiums* internacionais se realizaram debatendo esse assunto, entre eles um organizado pelo “American Law Institute” e “American Bar Association”, reunido em Nova York em 7 e 08.05.1981 e o realizado em Zurich, em 23 e 24.11.1981, sob os auspícios da Unidroit e da Industrie Leasing AG de Zurich.

4 O Decreto de 04.07.1972, tem sido, recentemente, contestado pela jurisprudência, que acha violar o mesmo a lei de 1966. V., a respeito, “Lamy Commercial – 1984”, nº 5.931, especialmente o nº 5.647.

prazo, que pode ser superior ao determinado no mesmo. As operações de arrendamento mercantil subordinam-se ao controle e à fiscalização do Banco Central do Brasil (art. 6º). O art. 10 estabelece que:

“Somente poderão ser objeto de arrendamento mercantil os bens de produção estrangeira que forem enumerados pelo Conselho Monetário Nacional, que poderá, também, estabelecer condições para seu arrendamento a empresas cujo controle acionário pertencer a pessoas residentes no exterior.”

O art. 16 declara:

“Os contratos de arrendamento mercantil celebrados com entidades com sede no exterior serão subordinados a registro no Banco Central do Brasil, tendo a Lei nº 7.132/83 complementado esse artigo, tratando do subarrendamento.”

Apesar de suas notórias deficiências e limitações, a Lei nº 6.099, de 1974, veio atender à necessidade que tinham os empresários de normas legais para regular esse contrato. Isso porque dia a dia crescem de importância no Brasil as operações de *leasing*, com um já bem amplo quadro de empresas que se dedicam a essa atividade.

405. Modalidades – Duas são as modalidades pelas quais podem ser praticadas as operações de *leasing*. O chamado *leasing financeiro*, ou *leasing puro*, e o *lease-back*, que poderia ser chamado de *leasing de retorno*.

a) “*Leasing*” financeiro

O *leasing financeiro* é aquele em que uma empresa se dedica habitual e profissionalmente a adquirir bens produzidos por outros para arrendá-los, mediante uma retribuição estabelecida, a uma empresa que deles necessite. Várias são as características dessa operação. Em primeiro lugar, a empresa arrendadora não é a produtora ou proprietária primitiva do bem que vai ser arrendado. Esse bem é escolhido e indicado pela arrendatária, que tanto entra em contato com o vendedor, podendo, inclusive, discutir o preço. Assim acontecendo, é feita a indicação do bem à empresa de *leasing*, que o adquire e em seguida arrenda ao cliente que o indicou.

Segunda característica do *leasing financeiro* é que, feito o arrendamento por tempo determinado, expressamente ficará facultada, no contrato, que, findo este, o arrendatário tem uma opção, irrevogável, de compra do bem. O valor dessa compra é, em regra, fixado no contrato, podendo, entretanto, este apenas dispor sobre o modo de ser encontrado o valor do bem no momento da opção. Em regra, com as prestações fixadas, que normalmente são altas, leva-se em conta o valor do bem e a remuneração do seu uso e gozo pelo arrendatário. Assim, ao pagar uma prestação, o arrendatário como que paga uma parte do valor do bem e uma parte do arrendamento propriamente dito. Tem-se em consideração, sobretudo, o tempo em que o bem pode ser útil ao arrendatário, ou seja, o prazo de sua utilização. Há bens que, em pouco tempo, se tornam obsoletos, pelo aparecimento de outros mais modernos, do mesmo gênero, ou pelo desgaste natural dos mesmos. Esse risco da *obsolescência* do bem tem muita importância no contrato do

leasing, já que, uma vez formado esse, se torna o seu cumprimento obrigatório durante a vigência do contrato.

Essa é outra característica do *leasing*: a obrigatoriedade do contrato no período determinado para a vigência do mesmo. Assim, todas as prestações pactuadas serão devidas, ainda mesmo que o arrendatário queira dar fim ao contrato, devolvendo o bem à arrendadora antes de terminado o prazo contratual. Em virtude desse princípio, os contratos de *leasing* devem ser estudados em profundidade pelos arrendatários, pois ao firmá-los, recebendo o bem arrendado, ficam com a obrigação de pagar, do modo convencionado, *todas as prestações* pactuadas.

No *leasing puro* há, assim, uma operação de financiamento por parte da empresa arrendadora, e por tal razão é que, em regra, as entidades que o praticam ficam sujeitas às normas das operações bancárias.⁵ Os arrendatários são beneficiados porque, não podendo ou não querendo imobilizar capitais na aquisição de bens de que necessitam, recebem-nos em locação com o direito de adquirir sua propriedade findo o prazo convencionado para o arrendamento. Em regra, quando se trata de contratos de bens móveis – máquinas etc. –, esses contratos são celebrados por um prazo médio, tomando-se em consideração o período de utilização vantajosa do bem. No *leasing imobiliário*, entretanto, os prazos podem ser longos, indo até a 20 anos, pois geralmente a depreciação do imóvel é bem menor do que a do objeto móvel.

b) “Lease-back” ou “leasing” de retorno

Afora o *leasing financeiro*, que é a verdadeira operação de *leasing*, uma outra modalidade existe, chamada de *lease-back*, que podemos traduzir por *arrendamento de retorno* (na França, às vezes, essa modalidade é conhecida como *cession-bail*). O *lease-back* surgiu, nos Estados Unidos, depois do *leasing financeiro*, e de lá foi transportado para a Europa.⁶

Nessa modalidade de *leasing*, o procedimento é mais complexo. Verifica-se ela quando uma empresa é proprietária de um bem, móvel ou imóvel, e o vende a uma outra empresa. Esta, adquirindo-o, imediatamente o arrenda à vendedora. Vê-se, assim, que no *lease-back* há apenas duas empresas que se envolvem na operação, já que a vendedora e, posteriormente, arrendatária já é possuidora do bem que vai servir de arrendamento; não há, dessa forma, a aquisição a um terceiro do bem dado em arrendamento.

Como acontece com o *leasing financeiro*, no *lease-back* o arrendatário, findo o prazo do contrato, tem direito de opção para a reaqusição do bem, pelo seu valor residual. Destina-se essa operação às empresas que, tendo grande parte de seu ativo imobilizado, desejam desafogar, desfazendo-se de uma parcela desse ativo para utilizar o produto da venda como capital de giro. A empresa não fica desfalcada em sua estrutura, pois continua a usufruir o bem para as suas atividades. Apenas muda a sua condição de proprietária para arrendatária, submetendo-se, como tal, às mesmas condições do arrendatário no *leasing financeiro*.

5 Na França, art. 2^a da Lei nº 66.455, de 02.07.1966; no Brasil, Lei nº 6.099, de 1974, art. 7^o.

6 Cf. R. Walters, *Qu'est-ce que le leasing?*, Paris, Dunod, 1973, p. 60.

A lei brasileira não se referiu às operações do *lease-back*; o mesmo aconteceu com a francesa. Nessa, entretanto, existe uma definição do *lease-back* (art. 6º, § 2º, da Ordenança nº 67.837, de 1967). Também a Circular de 30.09.1968 do Ministro de Finanças da França caracteriza o *lease-back*, declarando-o “a operação pela qual uma sociedade de *crédit-bail* compra a uma empresa um investimento já realizado e o dá em seguida em arrendamento em virtude de um contrato de *crédit-bail*.” “Destas duas definições” – diz R. Walters⁷ – “a segunda é a mais completa já que fala em ‘investimento’, o que engloba bens de equipamentos e imobiliários”.

406. “Leasing” operacional. “Renting” – Alguns autores incluem entre as operações de *leasing* o chamado *leasing operacional*, sendo que R. F. Vancil, reconhecida autoridade em *leasing* nos Estados Unidos, classifica essas operações em duas categorias: o *leasing financeiro*, compreendendo o *lease-back*, e o *operacional*.⁸

Por *leasing operacional* entende-se aquele em que uma empresa, proprietária de certos bens, os dá em arrendamento à pessoa, mediante o pagamento de prestações determinadas, incumbindo-se, entretanto, o proprietário dos bens a prestar assistência ao arrendatário durante o período do arrendamento. O que distingue essencialmente o *leasing operacional* do *leasing financeiro* é o fato de que, enquanto neste há sempre a cláusula da obrigatoriedade do contrato por todo o período do arrendamento, no *leasing operacional* o contrato pode ser rescindido a qualquer momento pelo arrendatário, desde que haja um aviso prévio.⁹ Segundo a Súmula nº 369 do STJ, “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituir-lo em mora”. No *leasing operacional* o proprietário do bem pode, havendo cláusula contratual, adquirir o mesmo no fim da locação. Em regra, contudo, esses contratos são feitos por períodos curtos, de modo a que o bem devolvido possa ser novamente arrendado. Os bens devem ser devolvidos “em bom estado”, para poderem ser relocados.¹⁰

No *leasing operacional* a propriedade do bem continua com a arrendadora, de modo que essa responde pelos riscos da coisa. Esse contrato é feito, em regra, para a utilização de bens móveis: vagões, automóveis etc.

Vários autores consideram o *leasing operacional* como sendo o mesmo contrato conhecido por *renting*,¹¹ mas outros o consideram diferente.¹² Na realidade, as denominações são equivalentes. Poder-se-ia, talvez, dizer que o campo do *leasing operacional* é bem mais amplo do que o do *renting* propriamente dito, dado que o

7 Ob. cit., p. 61.

8 Richard F. Vancil, *Leasing of Industrial Equipment*, New York, McGraw Hill, 1963, pp. 8 e 9.

9 Cf. Vancil, ob. cit., pp. 125 e segs.; no mesmo sentido, Roberto Ruozi, *Il Leasing*, 2ª Ed., Milão, Dott. AA Giuffrè, 1971, pp. 4 e segs.

10 Cf. Ruozi, ob. cit., p. 5.

11 Cf. J. Wilson de Queiroz, *Teoria e Prática do Leasing*, Imprensa Universitária do Ceará, 1974, p. 25; R. Ruozi, ob. cit., p. 5.

12 El Moktar Bey, ob. cit., p. 172; J. M. Martin Oviedo, ob. cit., p. 43.

dessa denominação é mais o contrato que serve para a locação, por períodos curtos, de automóveis ou de certos bens de conforto do arrendatário, enquanto que o *leasing operacional* se refere a quaisquer bens que possam ser locados dentro de suas normas especiais.

O art. 6º do Regulamento aprovado pela Resolução nº 2.309, de 28.08.96, com a redação a ele atribuída pela Resolução nº 2.465, de 19.02.98, ambas do Conselho Monetário Nacional, dispôs que se considera arrendamento mercantil operacional a modalidade em que: a) as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplem o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes a sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o valor presente dos pagamentos ultrapassar 90% (noventa por cento) do custo do bem; b) o prazo contratual seja inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do prazo de vida útil econômica do bem; c) o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado; d) não haja previsão de pagamento de valor residual garantido.

407. Categorias de “leasing”: “leasing” mobiliário ou de equipamento e “leasing” imobiliário – O *leasing* pode referir-se a bens móveis ou imóveis; daí as categorias de *leasing mobiliário* e *leasing imobiliário*.

Há diferença de constituição nessas duas categorias. O *leasing mobiliário* se refere a qualquer objeto móvel, naturalmente de valor apreciável – máquinas, aparelhos especializados etc. –, que são de fabricação ou venda de empresa outra que não a arrendadora e que, por isso mesmo, deve ser por essa adquirido para atender ao seu cliente, a este cabendo a escolha do bem. Já no *leasing imobiliário*, em regra, a empresa de *leasing* não adquire um prédio construído; se o fizer, dá-lo-á em locação desprovido de quaisquer equipamentos, a não ser o mobiliário indispensável para a utilização do imóvel. O mais comum é a sociedade arrendadora adquirir o terreno e custear a construção do imóvel, segundo as especificações do cliente, para depois arrendá-lo. Essa espécie de *leasing* é muito dispendiosa e o arrendamento é feito geralmente por longos prazos, dois ou até 30 anos. E há ainda casos em que o arrendatário é proprietário do terreno e a empresa de *leasing* cuida apenas da construção. Para tal situação a lei francesa criou procedimento especial, dando o proprietário o terreno em enfiteuse à sociedade de *leasing* que, uma vez construído o imóvel, passa a ter a propriedade do mesmo. O prazo da enfiteuse é igual ao do arrendamento. Terminado este, finda a enfiteuse, o proprietário do imóvel adquire a propriedade do mesmo, pois, voltando a ter o domínio direto do terreno, é proprietário, por acessão, do imóvel nele construído. No Brasil esse procedimento não podia ser realizado na vigência do Código Civil de 1916, pois, enquanto na França a enfiteuse pode ser temporária,¹³ no Brasil a enfiteuse era perpétua (Código Civil de 1916, art. 679); e não pode ser realizado, porque ficou proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses (Código Civil de 2002, art. 2.038). Ao contrário do que ocorre no *leasing mobiliário*, no imobiliário a arrendadora tem o direito de orientar o arrendatário na construção do imóvel e escolha do terreno,

13 Cf. Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, nº 2.826 e segs.

podendo mesmo fiscalizar os seus atos.¹⁴ O *leasing imobiliário* traz grande vantagem para o arrendatário, por dispensá-lo da imobilização de capital na aquisição ou construção de imóveis.

408. O “leasing” como operação financeira – O *leasing* é considerado uma operação financeira, pois nele há um financiamento da arrendadora ao arrendatário. Por tal razão, costuma ser a operação incluída entre as operações bancárias. A lei francesa (art. 2º) o subordinou às leis de 13 e 14.06.1941, que regulam as atividades bancárias.¹⁵ Também no Brasil as empresas de arrendamento mercantil são controladas e fiscalizadas pelo Banco Central (Lei nº 6.099, de 1974, art. 7º).

409. A constituição do “leasing” – Na constituição do *leasing* existem várias fases: a inicial, em que as partes – arrendadora, arrendatário e vendedor do bem – entram em acordo sobre a escolha do bem (*phase de pourparlers contractuels, plus ou moins diffuse*, no dizer de Rodière e Rives-Lange),¹⁶ o preço e outros esclarecimentos necessários para a feitura do contrato. Escolhido o bem, acertados o preço do mesmo e as condições de reembolso do arrendador, inclusive o montante das prestações, prazo de vigência do contrato e valor residual do bem, para o caso em que o arrendatário, ao findar o prazo, queira comprá-lo, passa-se a uma segunda fase, que é a de *compra* do bem pelo arrendador. O contrato de compra e venda será feito pelo arrendador e vendedor, não participando o arrendatário do mesmo. Muitas vezes, entretanto, é estabelecida uma cláusula segundo a qual cabe ao arrendatário o direito de agir contra o vendedor, nos casos em que este garante a coisa vendida. Trata-se, assim acontecendo, apenas de uma estipulação feita pelo comprador em favor do arrendatário.

Nessa fase preliminar, em regra, é o próprio arrendatário, quem entra em contato com o vendedor, escolhendo a coisa e acertando o preço. Em tal situação, o arrendatário é considerado um simples mandatário do arrendador,¹⁷ já que o comprador não será ele e sim o arrendador.

Feita a escolha da coisa, é firmado o contrato entre o arrendatário e o arrendante; só nessa ocasião se tem por constituído o arrendamento mercantil. Esse contrato terá, pela lei brasileira, certas *cláusulas obrigatórias*, como o *prazo*, o *valor de cada prestação* por períodos determinados, não superiores a um semestre, a *opção de compra do bem* por parte do arrendatário, ao findar o contrato, ou a sua *renovação*, e o preço para o caso de compra ou o critério para a sua fixação (Lei nº 6.099, art. 5º). O Conselho Monetário Nacional poderá estabelecer contraprestações por prazo superior a um semestre em operações que venha a definir (Lei nº 6.099, art. 5º e seu parágrafo único).

Por último, esgotado o prazo do contrato, chega-se ao momento em que o arrendatário se definirá: ou fará a aquisição do bem pelo valor residual pre-

14 Cf. R. Walters, ob. cit., p. 17.

15 Cf. R. Rodière et Rives-Lange, *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 1973, nº 330.

16 *Id.*, *ibid.*, nº 332.

17 Cf. R. Rodière et Rives-Lange, ob. cit., nº 333.

fixado (a opção que tem ele de adquirir o bem provém de uma promessa unilateral do arrendador de lhe vender o bem, promessa essa de caráter irrevogável), ou restituirá o bem ao arrendador, ou por fim, fará uma renovação do contrato. Em caso de renovação, as prestações terão valores bastante menores, já que as prestações iniciais foram fixadas tendo em vista o valor de utilização do bem em estado de novo.

Deve-se, finalmente, assinalar que as prestações fixadas para o arrendamento mercantil são devidas de qualquer maneira. Assim, se, na vigência do contrato, o arrendatário quiser pôr fim ao mesmo, devolvendo o bem ao arrendador, este tem o direito de exigir o pagamento integral das prestações convencionadas e o arrendatário deve pagá-las.

410. Partes contratantes – No contrato de arrendamento mercantil as partes contratantes são o *arrendatário* e o *arrendador*. Aparece, contudo, uma terceira pessoa, o *vendedor do bem*. Muito embora esse possa entrar em relações com o arrendatário, nas gestões preliminares para a feitura do contrato quando este escolhe a coisa e muitas vezes acerta o preço, na realidade a relação jurídica do vendedor se dá apenas com o arrendador, com o qual faz um contrato de venda comum. Como vendedor, garante este ao comprador a coisa vendida; se o contrato estabelece que ele responderá perante o arrendatário e não o comprador, é porque, como acima foi dito, há uma estipulação em favor deste aceita expressamente no contrato de compra e venda.

No Brasil, a lei dispunha que o contrato devia ser feito entre *pessoas jurídicas* (Lei nº 6.099, de 1974, art. 1º). Esse dispositivo, que para nós constituía uma falha da lei, foi corrigido pela Lei nº 7.132/83, que permite seja o arrendatário *pessoa física* ou *jurídica* (art. 1º, parágrafo único).

411. Natureza jurídica – O arrendamento mercantil é de natureza complexa, compreendendo uma *locação*, uma *promessa unilateral de venda* (em virtude de dar o arrendador opção de aquisição do bem pelo arrendatário) e, às vezes, um *mandato*, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem. Cada um desses atos e contratos dá origem a obrigações: pela *locação*, o arrendatário é obrigado a pagar as prestações, enquanto que o arrendante é obrigado a entregar a coisa para que o arrendatário dela use; pela *promessa unilateral* do arrendador, aceita pelo arrendatário, aquele se obriga irrevogavelmente a vender a coisa pelo valor residual, findo o contrato; pelo *mandato*, o arrendador, no caso mandante, responde pelos atos praticados pelo arrendatário, adquirindo a coisa por este escolhida e pagando ao vendedor o preço convencionado.

O contrato se forma, quase sempre, por escrito, mas nada impede que seja firmado verbalmente. Fica sujeito às provas comuns dos negócios jurídicos (Código Civil, art. 212).

412. Classificação – Como um contrato de natureza complexa, mas apresentando autonomia no conjunto das relações criadas, o arrendamento mercantil pode ser considerado como *consensual*, obrigatório que se torna pelo simples consen-

timento das partes; *bilateral*, criando obrigações para o arrendador (pôr a coisa à disposição do arrendatário, vendê-la no caso desse optar, ao final, pela compra, recebê-la de volta, não havendo compra ou renovação) e para o arrendatário (pagar as prestações convencionadas, devolver a coisa, se não houver a compra da mesma ou a renovação do contrato); *oneroso*, havendo vantagens para ambas as partes; *comutativo*, sendo certas as prestações; *por tempo determinado e de execução sucessiva*. É, como foi dito, no Direito brasileiro, um contrato *nominado*, regendo-se pelos dispositivos da Lei nº 6.099, de 1974. É, também, um contrato *intuitu personae*, devendo ser executado pelas partes contratantes sem que haja permissão de serem as mesmas substituídas na relação contratual.

413. Obrigações do arrendador e do arrendatário – Sendo um contrato bilateral, o arrendamento mercantil cria obrigações para o arrendador e para o arrendatário.

Como obrigações do arrendador destacam-se o dever de ele adquirir de outrem o bem para ser dado em arrendamento, pôr esse bem à disposição do arrendatário, entregando-lhe para uso e gozo, muito embora a propriedade continue com o arrendador; vender o bem ao arrendatário, findo o prazo contratual, pelo valor prefixado ou fixado de acordo com as disposições contratuais; receber a coisa de volta, se não houver compra final ou renovação do contrato; finalmente, renovar o contrato, se o arrendatário assim o quiser, mediante a fixação de novo valor para as prestações.

Ao arrendatário cabe pagar, na forma combinada, as prestações convencionadas; responder pelo pagamento dessas prestações, se o contrato foi interrompido por sua causa; zelar pela conservação do bem que lhe foi arrendado, respondendo pelos prejuízos que causar ao mesmo; devolver a coisa, findo o contrato, não havendo optado pela compra ou pela renovação do contrato.

Alguns sistemas estipulam, como obrigação complementar do arrendatário, que este deve colocar, na sede da empresa, principalmente em se tratando do *leasing imobiliário*, uma placa anunciando que o bem foi dado em *leasing*. A lei brasileira não faz essa exigência.

414. Extinção do arrendamento mercantil – O arrendamento mercantil extingue-se, normalmente, pelo decurso do prazo para o qual foi ajustado. Esse é um contrato feito por tempo *determinado* que deve ser cumprido durante todo o período apazado. Nada impede, entretanto, que pela vontade mútua dos contratantes seja extinto antes de atingido aquele prazo. A vontade unilateral de uma das partes não pode extingui-lo, a não ser que haja ressarcimento das perdas sofridas pela parte prejudicada.

Sendo o contrato *intuitu personae*, a substituição de uma das partes dá lugar à sua extinção, respondendo, entretanto, aquele que foi substituído pelos prejuízos causados à outra parte. Na hipótese de falência de uma das partes aplica-se o disposto no art. 117 da Lei nº 11.101, de 09.02.2005 (Lei de Falências).

414-A. Regulamentação do arrendamento mercantil – Tendo em vista a autorização contida na Lei nº 6.099, de 12.09.1974 (arts. 2º, § 1º, 6º, 7º, 8º, 9º,

§ 2º; 10, 16 e 23), o Banco Central já baixou diversos Regulamentos sucessivos, disciplinando as operações de arrendamento mercantil, definindo a competência e regulando a atuação das sociedades autorizadas à prática dessas operações.

O Regulamento atual foi aprovado pela Resolução nº 2.309, de 28.08.1996, do Conselho Monetário Nacional, que disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil. As principais matérias contidas nesse Regulamento constam dos excertos seguintes.

“CAPÍTULO I – Da Prática de Arrendamento Mercantil – As operações de arrendamento mercantil somente podem ser realizadas por pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e pelas instituições financeiras autorizadas. As operações podem ser dos tipos financeiro e operacional. As sociedades e instituições devem comunicar à Delegacia Regional do Banco Central do Brasil a que estiverem jurisdicionadas o nome do diretor responsável pela área de arrendamento mercantil.

CAPÍTULO II – Da Constituição e do Funcionamento das Sociedades de Arrendamento Mercantil – A constituição e o funcionamento das pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, dependem de autorização do Banco Central do Brasil. As sociedades de arrendamento mercantil devem adotar a forma jurídica de sociedades anônimas e a elas se aplicam, no que couber, as mesmas condições estabelecidas para o funcionamento de instituições financeiras.

CAPÍTULO III – Das Modalidades de Arrendamento Mercantil – As operações de arrendamento mercantil são privativas dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil. Considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que: a) as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos; b) as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária; c) o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado. Considera-se arrendamento mercantil operacional a modalidade em que: a) as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplem o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes à sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o total dos pagamentos da espécie ultrapassar 75% (setenta e cinco por cento) do custo do bem arrendado; b) as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária; c) o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado.

CAPÍTULO IV – Dos Contratos de Arrendamento – Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo conter, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas: I – a descrição dos bens que constituem o objeto do contrato, com todas as características que permitam sua perfeita identificação; II – o prazo de arrendamento; III – o valor das contraprestações ou a fórmula de cálculo das contraprestações, bem como o critério para seu reajuste; IV – a forma de pagamento das contraprestações por períodos determinados, não superiores a 1 (um) semestre, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, quando o pagamento pode ser fixado por períodos não superiores a 1 (um)

ano; V – as condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados; VI – a concessão à arrendatária de opção de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável na sua fixação; VII – as despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes à operacionalidade dos bens arrendados, admitindo-se, ainda, para o arrendamento mercantil financeiro: a) a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra; b) o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido; VIII – as condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam às conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual; IX – as demais responsabilidades que vierem a ser convencionadas, em decorrência de: a) uso indevido ou impróprio dos bens arrendados; b) seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados; c) danos causados a terceiros pelo uso dos bens; d) ônus advindos de vícios dos bens arrendados; X – a faculdade de a arrendadora vistoriar os bens objeto de arrendamento e de exigir da arrendatária a adoção de providências indispensáveis à preservação da integridade dos referidos bens; XI – as obrigações da arrendatária, nas hipóteses de inadimplemento, destruição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados; XII – a faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no País, desde que haja anuência expressa da entidade arrendadora, os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem corresponsabilidade solidária. Os contratos devem estabelecer os seguintes prazos mínimos de arrendamento: I – para o arrendamento mercantil financeiro: a) 2 (dois) anos, compreendidos entre a data de entrega dos bens à arrendatária, consubstanciada em termo de aceitação e recebimento dos bens, e a data de vencimento da última contraprestação, quando se tratar de arrendamento de bens com vida útil igual ou inferior a 5 (cinco) anos; b) 3 (três) anos, observada a definição do prazo constante da alínea anterior, para o arrendamento de outros bens; II – para o arrendamento mercantil operacional, 90 (noventa) dias. Os contratos de arrendamento mercantil de bens cuja aquisição tenha sido efetuada com recursos provenientes de empréstimos contraídos, direta ou indiretamente, no exterior devem ser firmados com cláusula de variação cambial. A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo acima previsto.

CAPÍTULO V – Das Operações de Arrendamento – Podem ser objeto de arrendamento bens móveis, de produção nacional ou estrangeira, e bens imóveis adquiridos pela entidade arrendadora para fins de uso próprio da arrendatária, segundo as especificações da Resolução. É permitida a realização de operações de arrendamento mercantil com pessoas físicas e jurídicas, na qualidade de arrendatárias. As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes somente podem ser contratadas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, aplicando-se a elas as mesmas condições fixadas no Regulamento, e somente podem ser realizadas com pessoas jurídicas, na condição de arrendatárias. Os bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as caixas econômicas e as sociedades de crédito imobiliário também podem realizar operações de arrendamento mercantil, na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, mediante contrato com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes. É permitido à entidade arrendadora, nas hipóteses de devolução ou recuperação dos bens arrendados: a) conservar os bens em

seu ativo imobilizado, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos; e b) alienar ou arrendar a terceiros os referidos bens, o mesmo se aplicando em ambos os casos, aos bens recebidos em dação em pagamento.

CAPÍTULO VI – Do Subarrendamento – Os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e as sociedades de arrendamento mercantil podem realizar operações de arrendamento com entidades domiciliadas no exterior, com vistas unicamente ao posterior subarrendamento dos bens a pessoas jurídicas, no País. E essas operações estão sujeitas a registro no Banco Central do Brasil. É facultada aos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e às sociedades de arrendamento mercantil a aquisição, no mercado interno, de direitos e obrigações decorrentes de contratos de arrendamento celebrados com entidades no exterior, com a finalidade exclusiva de posterior subarrendamento dos bens. São vedadas as operações de subarrendamento quando houver coligação, direta ou indireta, ou interdependência entre a arrendadora domiciliada no exterior e a subarrendatária domiciliada no País. Os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e as sociedades de arrendamento mercantil devem repassar às subarrendatárias domiciliadas no País, em contratos de arrendamento mercantil financeiro, todos os custos, taxas, impostos, comissões, outras despesas relativas à obtenção do bem arrendado e demais condições pactuadas no contrato firmado com as entidades do exterior, acrescidos de sua remuneração, inclusive aquelas referentes à eventual aquisição dos direitos e obrigações de contratos, podendo tais despesas e encargos ser incorporados ao custo do bem arrendado.

CAPÍTULO VII – Das Fontes de Recursos – As sociedades de arrendamento mercantil podem empregar em suas atividades, além de recursos próprios, os provenientes de: a) empréstimos contraídos no exterior; b) empréstimos e financiamentos de instituições financeiras nacionais, inclusive de repasses de recursos externos; c) instituições financeiras oficiais, destinados a repasses de programas específicos; d) colocação de debêntures de emissão pública ou particular e de notas promissórias destinadas à oferta pública; e) cessão de contratos de arrendamento mercantil, bem como dos direitos creditórios deles decorrentes; f) depósitos interfinanceiros, nos termos da regulamentação em vigor; g) outras formas de captação de recursos, autorizadas pelo Banco Central do Brasil. As sociedades de arrendamento mercantil e as instituições financeiras autorizadas à prática de operações previstas no Regulamento podem contratar empréstimos no exterior, com as finalidades de: a) obter recursos para aquisição de bens para fins de arrendamento; b) adquirir direitos creditórios decorrentes de contratos de arrendamento mercantil que contenham cláusula de variação cambial; c) adquirir contratos de arrendamento mercantil que contenham cláusula de variação cambial, observados limites e condições previstos no Regulamento.

CAPÍTULO VIII – Da Coligação e Interdependência – Considera-se coligada ou interdependente a pessoa: a) em que a entidade arrendadora participe, direta ou indiretamente, com 10% (dez por cento) ou mais do capital; b) em que administradores da entidade arrendadora, seus cônjuges e respectivos parentes até o 2º (segundo) grau participem, em conjunto ou isoladamente, com 10% (dez por cento) ou mais do capital, direta ou indiretamente; c) em que acionistas com 10% (dez por cento) ou mais do capital da entidade arrendadora participem com 10% (dez por cento) ou mais do capital, direta ou indiretamente; d) que participar com 10% (dez por cento) ou mais do capital da entidade arrendadora, direta ou indiretamente; e) cujos administradores, seus cônjuges e respectivos parentes até o segundo grau participem, em conjunto ou isoladamente, com 10% (dez por cento) ou mais do capital da entidade arrendadora, direta ou indiretamente; f) cujos sócios, quotistas ou acionistas com 10% (dez por cento) ou mais do capital participem também do capital da entidade arrendadora com

10% (dez por cento) ou mais de seu capital, direta ou indiretamente; g) cujos administradores, no todo ou em parte, sejamos mesmos da entidade arrendadora.

CAPÍTULO IX – Vedações – Às sociedades de arrendamento mercantil, aos bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, aos bancos de investimento, aos bancos de desenvolvimento, às caixas econômicas e às sociedades de crédito imobiliário é vedada a contratação de operações de arrendamento mercantil com: a) pessoas físicas e jurídicas coligadas ou interdependentes; b) administradores da entidade e seus respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau; e c) o próprio fabricante do bem arrendado. É também vedada às sociedades de arrendamento mercantil a celebração de contratos de mútuo com pessoas físicas e jurídicas não financeiras.

CAPÍTULO X – Disposições Finais – O Banco Central do Brasil poderá fixar critérios de distribuição de contraprestações de arrendamento durante o prazo contratual tendo em vista o adequado atendimento dos prazos mínimos fixados no Regulamento. As disponibilidades das sociedades de arrendamento mercantil, quando não mantidas em espécie, podem ser livremente aplicadas no mercado, observados os limites e demais normas regulamentares pertinentes a cada espécie de aplicação financeira. Aplicam-se às sociedades de arrendamento mercantil as normas em vigor para as instituições financeiras em geral, no que diz respeito à competência privativa do Banco Central do Brasil para a concessão das autorizações previstas no inciso X do art. 10 da Lei nº 4.595, de 31.12.64, bem como para aprovar a posse no exercício de quaisquer cargos na administração das referidas sociedades, inclusive em órgãos consultivos, fiscais ou semelhantes, nos termos da referida legislação e regulamentação posterior. Não se caracterizam como de arrendamento mercantil as operações que se realizarem em desacordo com o Regulamento.”

XXXI

FATURIZAÇÃO OU "FACTORING"

415. Conceito – O contrato de *faturização* ou *factoring* é aquele em que um empresário cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.

Este contrato, de que se vem fazendo uso em diversos países, em larga escala, não está regulado em lei,¹ resultando o conceito acima de suas características. Usamos de preferência o termo *faturização* para nomear o contrato,² donde empregamos *faturizador* (*factor*) e *faturizado* para indicar as partes intervenientes no

1 O Banco Central, através da Circular nº 703, de 16.06.1982, proibiu a constituição das sociedades de *factoring* até que esse contrato fosse regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional. Entretanto, em 13.05.1986, o Tribunal Federal de Recursos, sendo Relator o Ministro Jesus Costa Lima, deu provimento à Apelação em Mandato de Segurança nº 99.964-RS, ordenando o arquivamento, na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, sem anuência do Banco Central, dos atos constitutivos de uma sociedade de faturização, de acordo com a tese defendida pelo ilustre advogado Dr. Carlos Alberto de A. Ferreira ("*Factoring*", *Rev. de Direito Mercantil*, nº 59), que é a que também defendemos em 1978, no "Seminário Nacional de Contratos" promovido pela Fundação D. Cabral, de Belo Horizonte e, posteriormente, em 1984, no "Seminário Nacional de *Factoring*", realizado no Rio de Janeiro sob os auspícios da Anfac – "Associação Nacional de Empresas de Fomento Comercial – *Factoring*".

Pela Instrução Normativa nº 16, de 10.12.1986, o Departamento Nacional de Registro do Comércio, tendo em vista a citada decisão do Tribunal Federal de Recursos e o ofício do Banco Central, Denoc/Gabin-86-105, de 14.11.1986, dispôs que os Órgãos de Registro do Comércio ficam autorizados "a arquivar os atos constitutivos de empresas que tenham por objeto a exploração de atividades conhecidas como 'faturização' ou *factoring*, independentemente de aprovação prévia do Banco Central do Brasil". Acrescentou, mais que "não será exigido das empresas referidas... o cumprimento de quaisquer outras formalidades além das previstas na legislação vigente para as empresas mercantis em geral". Essa Instrução passou a vigorar a partir de 12.12.1986, data em que foi publicada no *Diário Oficial da União*.

2 O termo *faturização* foi sugerido pelo Prof. Fábio Konder Comparato no estudo "*Factoring*", in *Revista de Direito Mercantil*, Nova Série, nº 6, 1972. Julgamos que o termo traduz bem a ideia do contrato.

mesmo. Em quase todos os países que admitem a faturização, o agente é chamado pelo termo original *factor*, e o contrato conhecido como *factoring*.³

416. Histórico – A origem da *faturização* ou *factoring* remonta à mais longínqua antiguidade quando, na Grécia e em Roma, comerciantes incumbiam a agentes (*factors*), disseminados por lugares diversos, a guarda e venda de mercadorias de sua propriedade. Posteriormente, o costume se difundiu na Idade Média, principalmente entre os comerciantes dos países mediterrâneos. Depois dos grandes descobrimentos, a instituição de *factors* ou agentes de venda e cobrança de mercadorias teve grande desenvolvimento nos países onde o comércio mais se expandia, tais como a Inglaterra, Holanda, Espanha e França. Com a descoberta e colonização da América, *factor* de comerciantes ingleses passaram a operar nesse país, notando-se que tal modo de comerciar era bastante propício para os países distantes, sobretudo em face das dificuldades dos transportes, de que a instituição dos *factors* foi uma consequência direta.⁴

Em tal época, os *factors*, também chamados de *agentes*, nada mais eram do que comissários dos vendedores, recebendo dos mesmos mercadorias que se encarregavam de vender e cobrar o preço, sobre o qual tinham uma comissão. Com o correr dos tempos, principalmente em virtude da disseminação do *factoring* nos Estados Unidos, passaram os *factors* a encarregar a terceiros, o recebimento, a guarda e venda das mercadorias, ficando eles apenas com o encargo do recebimento das vendas, antecipando, entretanto, aos vendedores o valor das mesmas, deduzida uma comissão que era a remuneração do *factor*. O ramo principal em que operavam era o de produtos têxteis, em maior escala produzidos pela Inglaterra; mas, em quantidade reduzida, operavam também sobre a venda de outros produtos, como o trigo. Nos Estados Unidos, o *factoring*, por várias circunstâncias especiais (notadamente por não utilizar esse país o desconto bancário), teve grande expansão, mais ainda operando quase que exclusivamente na indústria têxtil (ainda hoje, cerca de 90% das operações de *factoring* nos Estados Unidos são relativas aos produtos têxteis, dado que na venda desses produtos é costume dar o vendedor ao comprador um prazo que vai até a 120 dias para o pagamento das vendas – e com a faturização o vendedor recebe logo do *factor* o produto de suas vendas). Assim, enquanto declinava na Europa a utilização do *factoring*, essa maneira de negociar se expandia em larga escala nos Estados Unidos.

3 V. a respeito a discussão apresentada por Jean Gerbier, *Le Factoring*, Paris, Dunod, 1970, p. 5, sobre a tradução desse termo no Direito francês, tendo sido sugeridos os termos *facturerie* e *factorage*, ficando o contrato, entretanto, conhecido principalmente como *factoring*. No *Lamy – Droit Economique*, o contrato é denominado *affacturage*, como foi chamado também pela Corte de Cassação (Cass. de 16.07.1979). V. *Lamy – Droit Economique*, 1988 nº 5.004 e segs.

V. por último. Louis E. Sussfeld – *Le factoring*, Paris, Presses Universitaires, 1968, pp. 1 e segs.

4 Cf. Gerbier, ob. cit., pp. 28 e segs.; M. Revers, *Le factoring: nouvelle méthode de crédit?*, Paris, Dunod, 1969, pp. 1 e segs.; L. Sussfeld, ob. cit., pp. 8 e segs.; Aldo Frignani – *Factoring, Franchising, Concorrenza* – G. Grappichelli, Turim, 1979, p. 112.

Evoluiu, desse modo, o *factoring* de um simples contrato de comissão para constituir um contrato em que o *factor* assume a posição de financiador dos empresários, adquirindo os seus créditos, mediante o pagamento dos mesmos em épocas apazadas, mas, em regra, antes do vencimento. Uma abundante legislação foi posta em prática na Inglaterra e nos Estados Unidos, regulando as atividades dos *factors*; o mais antigo *factor's Act* da Inglaterra é de 1823 e o último de 1889.⁵ Nos Estados Unidos, vários Estados baixaram leis especiais a respeito.

417. O “factoring” antigo e o moderno – A história do *factoring* tem, assim, duas etapas distintas: o *factoring antigo*, em que o *factor* era apenas um *comissário do vendedor*, e o *factoring moderno*, que é o predominante hoje. Essa mudança de orientação se fez lentamente, enquanto as operações de faturização se ampliavam nos Estados Unidos e se extinguíam na Europa. A primeira sociedade de faturização dos Estados Unidos, William Iselin and Co., foi fundada em 1808; no fim do século já não existiam sociedades de faturização na Inglaterra nem no restante da Europa. Mediante a adoção de leis sucessivas, em vários Estados americanos, o *factoring* passou a ser considerado como uma operação em que um empresário, *factor*, adquiria os créditos de um outro empresário, responsabilizando-se pela cobrança dos mesmos, sem direito de regresso contra o cedente, mediante o pagamento de uma certa comissão. Não sendo usado na América o desconto bancário, as empresas de *factoring* exercem uma atividade para bancária; vários bancos, mesmo, como o First National de Boston, possuem departamentos especializados para operar em *factoring*, o que fazem não apenas nos Estados Unidos, mas igualmente na Europa.

Foi nesse estilo que o *factoring* foi reintroduzido na Europa. Ele ressurgiu, na Inglaterra, em 1960, e daí passou para o continente, hoje existindo várias sociedades de *factoring* em vários países europeus.

417-A. Regulamentação do “factoring” no Brasil. Natureza do contrato – A introdução do *factoring* no Brasil é preconizada como um meio de atender às pequenas e médias empresas, na obtenção de capital de giro, sem as dificuldades geralmente observadas no desconto bancário, muitas vezes de difícil acesso aos “pequenos comerciantes”.⁶

O Código Civil de 2002 não trata do *factoring*. Em virtude de não haver, entre nós, uma regulamentação sistematizada desse contrato – como, aliás, acontece com muitos outros países – nos últimos tempos se tem discutido bastante sobre a sua natureza e o modo de ser o mesmo regulado no país.

O Banco Central, como foi visto, defendeu a tese de que as operações de *factoring* – cessão de crédito sem garantia subsidiária do cedente – apresentam, “na maioria dos casos, características e particularidades daquelas privativas das institui-

5 Cf. L. E. Sussfeld, *Le Factoring*, Paris, Presses Universitaires, 1963, p. 10. A Unidroit estuda um projeto de regras internacionais uniformes sobre certos aspectos do *factoring* (*Rev. Int. de Droit Comparé*, nº 1, janeiro-março, 1982, p. 118).

6 Cf. Fábio K. Comparato, *trab. cit.*, pp. 59 e segs.

ções financeiras autorizadas pelo Banco Central” (Circular nº 703, de 16.06.1982); por tal razão, foram proibidas no país as operações de *factoring*, até que o Conselho Monetário Nacional regulamentasse esse contrato.

Apesar disso, a criatividade dos empresários, o trabalho do Fisco e a contribuição da jurisprudência acabaram por reconhecer o contrato de *factoring* como realidade inegável, como será demonstrado mais adiante.

Logo após a Circular nº 703, de 16.06.1982, explicitamos o nosso pensamento a respeito e mantivemos orientação diversa da do Banco Central, pois não consideramos as empresas de faturização com características próprias das instituições financeiras de que trata o art. 17 da Lei nº 4.595, de 31.12.1964 (Lei da Reforma Bancária), apesar desse inciso legal se referir a empresas que tenham por atividade principal “a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios”. Se bem que as empresas de faturização também apliquem, como as instituições financeiras, *recursos* próprios, sempre entendemos, seguindo a lição de Gavalda e Stoufflet⁷ que as empresas de faturização se distinguem das instituições financeiras porque estas não realizam operações especulativas e sim *operações de crédito*, enquanto as empresas de faturização realizam *operações de risco*. Daí não serem, na França, as empresas de faturização consideradas instituições financeiras (cf. Lamy – *Commercial*, 1983, dirigido pelo Prof. Gerard Cas, da Faculdade de Direito Aix Marselha, nºs 3.746 e segs. e 4.751). O mesmo acontece no Direito italiano, onde também não está legalmente regulamentado o contrato de *factoring*.⁸

No nosso entender, o importante para a regulamentação do *factoring* no Brasil não é ser considerado o contrato uma mera operação bancária ou representar a empresa de faturização uma instituição financeira ou não. Em qualquer desses casos existe outro elemento que deve ser levado em conta para que o contrato de *factoring* possa ser introduzido regularmente no Brasil, como tivemos oportunidade de explanar no *Seminário Nacional sobre Contratos – Novas modalidades de contratos no direito brasileiro* (Belo Horizonte, junho-julho, 1978).

Realmente, segundo ali esclarecemos⁹ e mais tarde reafirmamos,¹⁰ a dificuldade maior que existe para a regulamentação legal do contrato de faturização no Brasil se deve ao fato de, segundo o art. 2º da Lei nº 5.474, de 18.07.1968, que dispõe sobre as duplicatas, apesar de não ser mais obrigatória a extração das duplicatas em todas as vendas a prazo, feitas entre comprador e vendedor localizados em território nacional, como estatuiu o art. 1º da lei revogada (Lei nº 189, de 15.01.1936), a lei atual dispõe que, mesmo não sendo extraída a duplicata de fatura (extração essa que é meramente facultativa), *não será admitida qualquer outra espécie de título para documentar o saque do vendedor pela importância faturada*

7 C. Gavalda e J. Stoufflet, *Droit de la Banque*, Paris, Press Universitaires, 1974, nº 477, p. 628.

8 Cf. Aldo Frignani, Professor na Universidade de Turim, ob. cit., p. 113.

9 *Anais do Seminário Nacional sobre Contratos*, Belo Horizonte, Fundação D. Cabral, pp. 263 e segs.

10 “O contrato de *factoring* e sua introdução no direito brasileiro”, *Rev. Forense*, 1978, nº 262, pp. 9 e segs.

ao comprador. Desse modo, *somente através de duplicatas* podem ser cobrados os créditos decorrentes das vendas de mercadorias feitas a prazo.

Ora, se a faturização se baseia em uma cessão, de crédito do vendedor da mercadoria ao faturizador, o natural seria que a duplicata de fatura, que constitui o instrumento para a cobrança do crédito, fosse transferida do vendedor-emissor da duplicata para o faturizador ou empresa de *factoring*. Como a duplicata representa um título de crédito, sujeitando-se, assim, às regras que regem esses títulos, principalmente no que diz respeito à circulação (Lei nº 5.474/68, art. 25), para que a empresa de faturização possa cobrar do comprador a importância devida, necessário será que a duplicata seja transferida para o faturizador, o que será feito mediante um endosso, na forma da regra do art. 14 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias em vigor no Brasil. Como o endossante, segundo os princípios básicos do direito cambiário, é garante tanto da *aceitação* como do *pagamento* do título, a Lei Uniforme, para facilitar a circulação das letras de câmbio, admitiu o chamado *endosso sem garantia* (art. 15), que é o em que, transferindo o título, o *endossante* não só deixa de garantir a aceitação da letra como se exime do pagamento da mesma.

Esse procedimento parece o apropriado para ser adotado na cessão dos créditos, no contrato de faturização, do faturizado para o faturizador, pois é *princípio da essência do contrato de faturização* o fato de *não responder o faturizado, ao ceder os seus créditos, pela solvência do devedor*, no caso o comprador, correndo, assim, por conta da empresa de faturização o risco do não recebimento já que a mesma não pode se voltar contra o faturizado para que esse satisfaça a obrigação não cumprida pelo comprador.

Essa solução para a transferência do crédito pelo endosso *sem garantia* da duplicata por parte do faturizado ao faturizador é, na realidade, uma solução apenas aparente. Isso porque, nas duplicatas de fatura, como nos títulos de crédito em geral, o *emitente* ou *sacador*, que no caso da duplicata é o vendedor (faturizado) que extrai a fatura, pode exonerar-se da aceitação do título, *mas não pode eximir-se do pagamento* (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 9º). Quando extrai uma duplicata, o vendedor ocupa no título duas posições: a de *sacador*, pois é ele o proprietário original de crédito, e a de *tomador* ou *beneficiário*, já que a dívida deve ser paga a ele ou à sua ordem. Assim, quando endossa a duplicata o vendedor o faz como *beneficiário* ou *tomador*, que é o único que pode endossar a duplicata por ser aquele a quem a mesma deve ser paga. Mas, se o tomador-endossante pode eximir-se do pagamento, de modo subsidiário, àquele a quem o título foi endossado, para isso utilizando-se de um endosso *sem garantia* (Lei Cambial, art. 15), *como emissor do título não pode ele eximir-se da responsabilidade de pagar à pessoa a quem a duplicata foi transferida* já que a lei, aplicável às duplicatas, estatui peremptoriamente que “*toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonere da garantia de pagamento considera-se como não escrita*” (Lei Cambial, art. 15, 2ª al.).

Nessas condições, sendo característica essencial do contrato de faturização a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido caso o comprador das mercadorias não o faça – o que torna o contrato de *factoring* uma operação de *risco*, portanto especulativa, e não uma operação de *crédito*, como são as operações bancárias –, sendo a duplicata o único título válido para a cobrança das vendas a prazo (Lei nº 5.474/68, art. 2º), o *endosso sem garantia* não soluciona o problema da isenção da responsabilidade do sacador do título (faturizado), a não ser que não fosse levada em conta aquela isenção que é da natureza do contrato.

Por isso, no nosso entender, para a regulamentação do contrato de *factoring* a fim de ser o mesmo introduzido legalmente no país, necessário se faz que seja modificado o art. 2º da Lei das Duplicatas para permitir que outros títulos, que não a duplicata – a letra de câmbio, por exemplo – possam servir de instrumento de cobrança das vendas a prazo, feitas com vendedor e comprador localizados em território nacional. Se assim acontecer, o faturizado, por documento particular, transfere à empresa de faturização os créditos dos seus clientes que sejam aceitos pelo faturizador. Esse, não sendo o vendedor e sim apenas o cessionário dos créditos, não pode emitir duplicatas contra o comprador; mas, se a lei, *uma vez modificada, permitir* a cobrança dessa venda a prazo *por outros títulos que não a duplicata*, o faturizador poderá sacar uma letra de câmbio contra o comprador das mercadorias, sendo resguardada, desse modo, a característica principal do contrato de faturização, que é a isenção de responsabilidade do faturizado ou cedente do crédito pelo pagamento deste por parte do comprador.

Em seguida, apresentam-se alguns marcos históricos importantes na trajetória do contrato de *factoring*, que conduziram ao seu reconhecimento formal no ordenamento jurídico brasileiro:

1982: Como já mencionado, com a Circular nº 703, de 16.06.1982, o Banco Central proibiu no país as operações de *factoring*, até que o Conselho Monetário Nacional regulamentasse esse contrato.

1986: O Chefe do Departamento de Normas do Mercado de Capitais – DENOC, Gustavo Jorge Laboissière Loyola, encaminhou ao Departamento Nacional de Registro do Comércio o OFÍCIO DENOC/GABIN-86/105-Brasília (DF), com os seguintes dizeres:

1. *Reportamo-nos aos termos do Ofício DF/DNRC/GDG/DJ/nº 022, de 7-10-86, através do qual V.Sa. solicita a manifestação deste Banco sobre o procedimento a ser adotado com relação aos pedidos, que ingressem nas Juntas Comerciais, de arquivamento de atos constitutivos das empresas que se propõem a praticar atividade conhecida como factoring, ou por denominação equivalentes.*

2. *Tendo em vista a sentença favorável, proferida pela Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, com relação à Apelação em Mandado de Segurança nº 99.964-RS (4498011), e até que a matéria seja disciplinada, solicitamos o obséquio de orientar as Juntas Comerciais no sentido de conceder o arquivamento do ato constitutivo daquelas empresas, sem a necessidade de exame prévio do pedido por este Banco.*

1986: O Diretor do Departamento Nacional de Registro do Comércio, atendendo ao solicitado naquele Ofício, baixou a Instrução Normativa nº 16, de 10.12.1986, que dispensou a aprovação prévia do Banco Central para o arquivamento de atos constitutivos de empresas de faturização (*factoring*). Pela Instrução Normativa nº 16, de 10.12.1986, o Departamento Nacional de Registro do Comércio, tendo em vista a citada decisão do Tribunal Federal de Recursos e o ofício do Banco Central Denoc/Gabin-86-105, de 14.11.1986, dispôs que os Órgãos de Registro do Comércio ficam autorizados “a arquivar os atos constitutivos de empresas que tenham por objeto a exploração de atividades conhecidas como ‘faturização’ ou *factoring*, independentemente de aprovação prévia do Banco Central do Brasil”. Acrescentou ainda que: “não será exigido das empresas referidas... o cumprimento de quaisquer outras formalidades além das previstas na legislação vigente para as empresas mercantis em geral”. Esta Instrução passou a vigorar a partir de 12.12.1986, data em que foi publicada no *Diário Oficial da União*.

1995: A Lei nº 8.981, de 20.01.95, ao tratar do imposto de renda das pessoas jurídicas, no art. 28, § 1º, c.4, refere-se expressamente ao contrato de *factoring*, e o define:

“Art. 28. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de cinco por cento sobre a receita bruta registrada na escrituração, auferida na atividade. (...) § 2º. Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de: (...); c.4) **prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)**. (...)”

1995: A Resolução nº 2.144, do Conselho Monetário Nacional, de 22.02.95, “esclarece sobre operações de ‘factoring’ e operações privativas de instituições financeiras”, e dispõe, no art. 1º, que “qualquer operação praticada por empresa de fomento mercantil (‘factoring’) que não se ajuste ao disposto no art. 28, § 1º, alínea “c.4”, da Lei nº 8.981, de 20.01.95, e que caracterize operação privativa de instituição financeira, nos termos do art 17, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, constitui ilícito administrativo (Lei nº 4.595, de 31.12.64) e criminal (Lei nº 7.492, de 16.06.86)”.

1995: O art. 15, § 1º, III, alínea *d*, da Lei nº 9.249, de 26.12.95, que substituiu o art. 28, § 1º, alínea *c*, item 4, da Lei n. 8.981, de 20.01.95, mantém a mesma definição de *factoring*: “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de risco, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*).”

1996: A Lei nº 9.430/96, de 27.12.96, que “dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta”, no art. 58, inclui, no art. 36 da Lei nº 8.981, de 20.01.95, o item XV, e reproduz a mesma definição de *factoring*:

“Art. 58. Fica incluído no art. 36 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, o seguinte inciso XV:

Art. 36. (...) XV – que explore as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*).”

2003: A Lei Complementar nº 116, de 31.07.2003, “dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e, no item 17.23 da Lista de Serviços a ela anexa, refere-se expressamente ao *factoring*, apresentando nova conceituação: “17.23 – Assessoria, análise, avaliação, atendimento, consulta, cadastro, seleção, gerenciamento de informações, administração de contas a receber ou a pagar e em geral, relacionados a operações de faturização (*factoring*).”

418. A faturização como técnica financeira e de gestão empresarial – Sua utilidade – A *faturização* ou *factoring* se apresenta como uma técnica financeira e como uma técnica de gestão empresarial.¹¹ Como *técnica financeira*, representa um financiamento da empresa faturizada, adquirindo o faturizador os créditos dessa, pagando-lhe e assumindo o risco com a cobrança e o não pagamento das contas, sem ter o direito de regresso contra o faturizado. Como *técnica de gestão empresarial*, nota-se na faturização a interferência do faturizador nas operações do faturizado, selecionando os clientes deste, fornecendo-lhe informações sobre o comércio em geral, prestando-lhe, enfim, serviços que, de qualquer modo, diminuem os encargos comuns do vendedor.

A utilidade da faturização destaca-se porque é ela destinada, principalmente, às pequenas e médias empresas, em que as dificuldades de capital de giro muitas vezes são prementes. Distanciando-se do desconto bancário principalmente no fato de não ter o faturizador ação regressiva contra o faturizado, assumindo aquele os riscos da não liquidação dos débitos, essa vantagem suplanta a desvantagem de ser, na faturização, a comissão do faturizador, em regra, superior à taxa do desconto bancário. Aplicada com o devido critério, a faturização pode ser um remédio, eficiente para suprir a falta de capital de giro de empresas em formação que não contam, por isso, com numerário suficiente para expandir-se.

419. Elementos pessoais – O contrato de faturização tem como elementos pessoais o *faturizador* (*factor*) e o vendedor, também chamado *aderente*, *fornecedor* ou, entre nós, *faturizado*. A essas pessoas se junta uma terceira, que é o comprador do vendedor, dando-se a essa os nomes de *comprador*, *cliente* ou *devedor*.

O contrato se faz entre o faturizador e o faturizado ou vendedor, sendo necessário o comprador apenas porque são os créditos que o vendedor tem contra ele que vão ser cedidos ao faturizador. Tanto faturizador como vendedor devem ser empresários, donde o contrato de faturização ser por natureza empresarial.¹²

11 Cf. René Rodière et J. L. Rives-Lange, *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 1973, nº 335.

12 Entretanto, como exceção, podem existir faturizadores que não operam no setor comercial. É o que acontece (ou aconteceu) com a Universal Factoring, da França, que, pelo menos até

Em princípio, a faturização é feita por empresas não bancárias, o que acontece principalmente nos Estados Unidos, em que não se pratica comumente o desconto bancário. Nada impede, entretanto, que um banco tenha um setor especial para a faturização, como acontece com o First National Bank de Boston, não se compreendendo, entretanto, as operações realizadas nesse setor como operações normais de desconto ou de cobrança, dada a disparidade existente entre as mesmas. Nada impede, também, que o faturizador negocie com um banco os créditos que lhe são cedidos pelo faturizado, dando-os em garantia de empréstimos realizados ou mesmo os descontando. Em tal hipótese, o faturizador responde, regressivamente, perante o banco, pelos prejuízos por esse havidos na recuperação das dívidas. Mas o fato em nada afeta o faturizado, que nenhum contrato fez com o banco e, por isso mesmo, nenhuma responsabilidade suplementar tem para com o mesmo, visto ser da essência da faturização que o faturizador assuma os riscos pela não recuperação do crédito que lhe foi cedido.

Tanto faturizador como faturizado pode ser pessoa física ou jurídica, desde que seja empresário. Em regra, entretanto, o faturizador é uma pessoa jurídica pelos encargos que assume ao receber o crédito em cessão.

Quanto ao devedor ou comprador, que é a pessoa que compra ao faturizado, esse pode ser uma pessoa física ou jurídica, empresário ou não. A faturização pressupõe sempre uma *venda a prazo*, donde as vendas *à vista* ficarem fora do âmbito desse contrato. Havendo uma cessão de crédito, o comprador será notificado da mesma, devendo efetuar o pagamento em mãos do faturizador. Se, por acaso, o faturizado receber a importância da venda, o faz como mandatário do faturizador, devendo remeter o produto a este.¹³

420. Modalidades de faturização. Faturização interna e exterior – Faturização convencional e no vencimento – A faturização pode tomar várias modalidades. Em primeiro lugar, as operações podem ser realizadas dentro do mesmo país, ou, neste, dentro de uma região: a esse tipo de faturização, dá-se o nome de *faturização interna*. Pode, entretanto, a faturização se relacionar com operações a serem realizadas fora do país, como em operações de importação e exportação, dando-se a esse tipo o nome de *faturização exterior*. As operações de faturização exterior trazem maiores riscos e maiores encargos para o faturizador, donde a sua comissão, em tal modalidade, ser bastante mais elevada do que na faturização interna. Entretanto, historicamente, a faturização tem vocação para ser celebrada em operações com o exterior.

Também podem, na faturização, as faturas representativas dos créditos do faturizado ser remetidas ao faturizador e por ele liquidadas no *vencimento* das

março de 1968, operava apenas na aquisição de créditos no setor médico. Cf. Gerbier, ob. cit., nota nº 2, p. 39.

13 Cláusula 6 do contrato de faturização da Factor-France-Heler, da França, M. Revers, ob. cit., p. 105.

mesmas, ou antes do vencimento. No primeiro caso tem-se a chamada *faturização no vencimento (maturity factoring)*, chamando-se o outro de faturização *tradicional* ou *old line factoring*. Se este se aproxima mais de um desconto bancário, dele se distingue, entretanto, pela assunção dos riscos do recebimento por parte do faturizador.¹⁴ Em ambos os casos, entretanto, essa característica da faturização se sobressai, pois, mesmo apresentando as faturas no vencimento, o faturizador não vai fazer o papel de simples mandatário do faturizado, para a cobrança das dívidas, já que as pagas na apresentação e, na qualidade de cessionário, vai cobrá-las em seu próprio nome, não tendo, igualmente, direito de ação contra o faturizado se a dívida não for paga.

421. Formação do contrato. Classificação – O contrato de faturização se forma mediante a simples manifestação da vontade do faturizador e do faturizado. Não requer a forma escrita, se bem que essa seja a usual entre as partes; pode, contudo, ser formado verbalmente, desde que sejam feitas as escriturações em livros de ambas as partes. É, portanto, um contrato simplesmente *consensual*, havendo, como em todos os contratos, uma proposta e uma aceitação.

Em virtude de, em regra, o faturizador dispor as cláusulas mediante as quais deve o contrato ser feito, dizem-no contrato *de adesão*.¹⁵ Nada impede, contudo, que as cláusulas sejam discutidas entre ambas as partes, para que depois o contrato seja reduzido a escrito. Na verdade, sendo da essência do contrato uma cessão de créditos ao faturizador, mediante o pagamento de uma remuneração, as cláusulas nesse sentido sempre existirão. As demais serão ajustadas a aprazimento das partes.

É também a faturização contrato *bilateral*, gerando obrigações tanto para o faturizador como para o faturizado. É *oneroso*, já que há vantagens para as duas partes. É ainda um contrato de *execução sucessiva*, permitindo várias prestações continuadas. Por último, é um contrato de *exclusividade*, já que ao faturizado não é permitido manter contratos semelhantes com outros faturizadores.

422. Cláusulas essenciais e cláusulas facultativas – Nos contratos de faturização, algumas cláusulas são consideradas *essenciais*, neles devendo figurar obrigatoriamente. São cláusulas essenciais as relativas à exclusividade ou totalidade das contas do faturizado, à duração do contrato, à faculdade de escolher o faturizador as contas que deseja garantir, aprovando-as, a relativa à liquidação dos créditos, a sobre a cessão dos créditos ao faturizador, a sobre a assunção dos riscos pelo faturizador e finalmente a sobre a remuneração do faturizador.¹⁶ Outras cláusulas, entretanto, poderão ser ajustadas no contrato, por conveniência das partes. Nenhuma, porém, deve derogar as cláusulas essenciais.

423. As operações da faturização. Contas aprovadas e não aprovadas – Estabelecido o contrato de faturização, as suas operações começam com a transfe-

14 Cf. Rodière et Rives-Lange, ob. cit., p. 355.

15 M. Revers, ob. cit., p. 38.

16 Cf. Gerbier, ob. cit., pp. 65 e segs.

rência, para o faturizador, de *todas* as contas do faturizado concernentes aos seus clientes. Fica, entretanto, o faturizador com o direito de escolher as contas que deseja garantir, *aprovando-as*. Para isso, pode ele verificar, no arquivo do faturizado, tudo o que disser respeito aos clientes desse para poder escolher os que melhor lhe convêm. Tem, necessariamente, o faturizador o seu próprio arquivo de informações a respeito dos clientes cujas contas lhe vão ser cedidas. A ele cabe, inclusive, orientar o faturizado na escolha dos clientes, para evitar futuros dissabores. Não são, assim, as contas de todos os clientes que serão cedidas pelo faturizado; igualmente, o faturizador pode se responsabilizar apenas por parte das contas de certos clientes, só sobre essas partes incidindo as obrigações contratuais. Por último, pode o faturizado remeter as contas não aprovadas para serem cobradas pelo faturizador, mas nesse caso a cobrança se faz a título de mandato, não respondendo, assim, o faturizador pela não liquidação por parte do comprador. Os créditos dessas contas são feitos à proporção do seu recebimento.

As contas são remetidas ao faturizador mediante um *bordereau* compreendendo a totalidade das mesmas, acompanhado de cópias das faturas emitidas pelo vendedor e mais documentos porventura existentes, versando sobre as mesmas, inclusive títulos de crédito que, nesse caso, serão endossados ao faturizador. A partir da remessa das contas ao faturizador cessam os encargos do faturizado em relação à cobrança dos créditos. Essa será feita pelo faturizador, pelo que nas faturas consta sempre uma declaração de que a conta foi cedida. Dá o faturizado ciência ao devedor dessa cessão, para que esse pague a dívida ao faturizador e não mais ao faturizado ou vendedor.

O pagamento do faturizador ao faturizado é feito quando recebe as contas aprovadas ou na forma convencionada no contrato. Em geral, é aberta uma conta corrente entre faturizador e faturizado, sendo as remessas anotadas nessa conta para uma verificação posterior do saldo exigível. As faturas apresentadas antes do vencimento serão pagas pelo faturizador mediante lançamentos de crédito na conta corrente; as deduções das comissões serão escrituradas como débito. Naturalmente, as contas-clientes que o faturizado certamente teria em relação aos seus compradores passarão a cargo do faturizador.

No momento do pagamento do faturizador ao faturizado, dá-se uma sub-rogação convencional naquele dos direitos que o segundo tinha contra os seus devedores. O faturizado será obrigado, por essa sub-rogação, a prestar todo o auxílio que se fizer necessário ao faturizador para o recebimento das dívidas. Deverá, também, em caso de litígio entre o faturizador e o comprador, ou em caso de falência desse, assinar qualquer documento que se fizer necessário para que o faturizador tenha êxito no recebimento das dívidas.

244. Relações entre o faturizador e o faturizado – O faturizado faz ao faturizador uma *cessão de créditos*, a título oneroso, trazendo esse ato todas as suas consequências: notificação ao comprador da cessão, para que ele pague o seu débito ao faturizador; direito de agir o faturizador em nome próprio, na cobrança das dívidas etc. Pela cessão de crédito o cedente se responsabiliza pela *existência*

da dívida no momento da cessão (Código Civil, art. 295); como o faturizador, com a cessão, assume o risco sobre o recebimento, certamente só terá direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida estiver eivada de vício que a invalide, como, por exemplo, se não se referir a fatura a uma venda efetiva.

425. Relação entre o faturizador e o comprador – O faturizador, em virtude da cessão de crédito com sub-rogação dos direitos feita pelo faturizado, passa a ser o credor do comprador. Para tanto o comprador é devidamente notificado da cessão.

Como credor, o faturizador tem ação, no vencimento e não pagamento da dívida, contra o comprador, podendo empregar todos os meios permitidos em Direito para haver o seu crédito. Se o comprador, sendo empresário, incide em falência ou impetra concordata, cabe ao faturizador habilitar-se nos processos respectivos para a defesa dos seus direitos. O mesmo ocorre se, não sendo empresário, o devedor tem a sua insolvência declarada (Código de Processo Civil, arts. 748 e segs.).

426. Relações entre o comprador e o faturizado – As relações existentes entre o faturizado e o comprador são as relações comuns entre o vendedor e o comprador. Na realidade, trata-se de uma simples venda a prazo, em que o comprador se obriga a pagar ao vendedor num prazo convencionado. Antes de chegado o termo, houve a cessão do crédito do faturizado para o faturizador. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada, mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita (Código Civil, art. 290). Notificado dessa cessão, deve o comprador efetuar o pagamento ao cessionário, no caso o faturizador. Se, entretanto, não foi notificado da cessão, sua obrigação é pagar ao vendedor.

427. Obrigações e direitos do faturizador – Contrato bilateral, a faturização cria obrigações e, conseqüentemente, direitos para ambas as partes. As principais obrigações do faturizador são pagar ao faturizado as importâncias relativas às faturas que lhe são apresentadas e assumir o risco do não pagamento, pelo devedor, das mesmas. Quanto aos direitos, pode ele recusar a aprovação, total ou parcial, das contas que lhe são remetidas, cobrar as faturas pagas e deduzir, das importâncias creditadas ao faturizado, a sua remuneração, de acordo com o convencionado.

Um direito especial que tem o faturizador é o de examinar os livros e papéis do faturizado relativos às transações desses com certos clientes. A esse direito corresponde a obrigação de prestar assistência ao faturizado, no que diz respeito ao fornecimento de informações sobre o comércio em geral e sobre cada cliente em particular. Considerando-se o direito ao manuseio dos livros e documentos um privilégio pessoal e exclusivo do empresário ou dos sócios das sociedades empresárias, a interferência do faturizador nesse setor se deve à comunhão de interesses que se forma entre ele e o faturizado no sentido de que o contrato firmado entre ambos tenha o êxito desejado, sem acarretar prejuízo para as partes.

428. Obrigações e direitos do faturizado – Ao faturizado cabe, em primeiro lugar, pagar ao faturizador as comissões devidas pela faturização. O montante des-

sa remuneração está em função das dívidas faturizadas, observando-se uma certa porcentagem, em regra fixada no contrato. Faz-se comumente esse pagamento no momento em que o faturizador liquida as faturas mediante lançamento de débito na conta do faturizado.

Tem, também, o faturizado a *obrigação* de submeter ao faturizador as contas dos clientes, para que esse selecione aquelas que deseja aprovar. Essa subordinação das contas à seleção do faturizador tem em vista evitar que apenas contas más, de difícil recebimento, sejam oferecidas ao faturizador. Assumindo esta responsabilidade pelo recebimento das contas, correndo, assim, o risco de perder o seu capital se tais contas não forem pagas, é plausível que participe da escolha dos clientes cujas contas honrará.

Deve, igualmente, o faturizado remeter as contas ao faturizador no modo convencional, relacionando-se em um *bordereau* que, acompanhado das cópias das faturas e mais documentos necessários ao esclarecimento das operações, será encaminhado ao faturizador segundo se convencionou. Cabe-lhe, ainda, prestar todas as informações e dar toda a assistência ao faturizador, em relação aos clientes ou ao recebimento das dívidas. Em caso de ser necessária, para esse recebimento, a assinatura do faturizado, este deve prestá-la quando requerido.

Como *direitos*, em primeiro lugar sobressai o de fazer jus o faturizado ao pagamento das faturas, do modo combinado. Pode ele, igualmente, transferir ao faturizador faturas não aprovadas, para cobrança por esse, que em tal caso age como seu mandatário. Tem, igualmente, o direito a informações e assistência por parte do faturizador, para que as relações entre ambos se processem harmonicamente.

429. Obrigações e direitos do comprador – Se bem que não seja parte no contrato, o comprador é necessário para a existência desse, pois são os créditos resultantes de vendas a ele feitas que se transferirão ao faturizador. Suas obrigações e seus direitos decorrem, assim, do contrato de compra e venda que o mesmo fez com o vendedor.

Para haver faturização, é indispensável que a compra e venda seja *a prazo*, já que nas vendas *à vista* o contrato se executa e as obrigações se cumprem no momento do pagamento e da entrega da coisa. Sendo a venda a prazo, tem o comprador a obrigação de pagar no termo convencional. Acontece, entretanto, que o pagamento deve ser feito ao vendedor, que é quem adquire o direito de receber, dado o princípio da relatividade dos contratos.

Tendo sido o crédito transferido para o faturizador, deve o devedor ser *notificado* dessa transferência, o que pode ser feito por qualquer documento escrito, seja público ou particular. Só será o devedor obrigado a pagar ao cessionário ocorrendo essa notificação. Assim, antes de ser notificado será válido o pagamento feito ao credor primitivo, no caso o vendedor, nos termos, entre nós, do art. 292 do Código Civil.

Tem o comprador o direito de opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente. É o princípio do art. 294 do Código Civil, no caso da faturização perfeitamente aplicável.

430. Extinção do contrato – Vários são os casos em que pode extinguir-se o contrato de faturização. Em primeiro lugar, sendo constituído por um acordo de vontades, pode extinguir-se também por mútuo acordo. Em virtude de ser um contrato *intuitu personae*, poderá a sua extinção se verificar ocorrendo mudança de estado de um dos contratantes. Extingue-se também pela decorrência do prazo, mas em regra trazem os contratos uma cláusula de renovação automática ao atingir o seu fim.

Pode, por igual, extinguir-se também unilateralmente. Em tal caso, deve preceder aviso prévio da parte que intenta a rescisão. Cláusula a esse respeito, em regra, consta do contrato, mas a sua não inserção não afasta o aviso prévio, já que o contrato é de execução continuada. No caso de extinção, deverão ser liquidadas as operações iniciadas, ainda que essa liquidação se verifique depois de extinto o contrato.

Também é motivo para a rescisão do contrato o não cumprimento das obrigações pelas partes. Ocorrendo esse fato, que deve ser comprovado, a parte prejudicada pode pedir a extinção.

Sendo uma das partes empresário individual, a sua morte provoca a extinção do contrato. Apuram-se então as responsabilidades que serão cumpridas pelos representantes do *de cuius*, dentro da força da herança, na forma da lei.

431. A faturização e a prestação de serviços – Na exposição acima feita do contrato de faturização tomamos por base contratos de compra e venda realizados pelo faturizado. Podem, entretanto, ser objeto da faturização contratos de prestação de serviços, desde que realizados a prazo, de que nasça um crédito exigível para o prestador de serviços. O contrato versa sobre a transferência de créditos, não sobre a compra e venda propriamente dita. Havendo um crédito cessível, pode operar-se a faturização, na dependência, naturalmente, da aceitação do faturizador, pois é inegável que as garantias deste diminuem na prestação de serviços, já que, em se tratando de compra e venda, a coisa vendida lhe serve indiretamente de garantia, o que não ocorre com a prestação de serviços.

XXXII

FRANQUIA OU "FRANCHISING"

432. Origem – O contrato de *franquia* (*franchising*) surgiu, como tantos outros novos contratos empresariais, como uma técnica de comercialização de certos produtos para incentivar e facilitar as vendas dos mesmos. Tal aconteceu nos Estados Unidos principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, quando inúmeras pessoas, desmobilizadas de suas atividades ou nos campos de batalha ou nas indústrias, procuravam novas oportunidades para firmar-se economicamente. Para aproveitar esse material humano na expansão dos seus negócios, várias empresas descobriram um modo de ligar esses elementos aos seus empreendimentos, passando a oferecer *franquia* (*franchising*) aos que desejavam dedicar-se a esse ramo de atividade. Consiste a *franquia* na concessão de uma determinada pessoa, que se constitui em empresa, de marcas de produtos, devidamente registradas, já perfeitamente conhecidas do público e aceitas por sua qualidade, seu preço etc. O franqueador (*franchisor*), além de oferecer a distribuição dos produtos, também assegura assistência técnica e informações continuadas sobre o modo de comercializá-los. Muitas vezes o franqueador concede, também, assistência financeira, já fazendo adiantamento para a instalação do franqueado (*franchisee*), já lhe garantindo certas operações para a obtenção de crédito bancário.

Esse novo método de distribuição e comercialização de produtos teve grande sucesso, com a formação de um número elevado de pequenas e médias empresas que passaram a ofertar, em larga escala, produtos que tinham boa aceitação por parte do público consumidor. Uma característica desse método de comercialização é o fato de não estarem os franqueados ligados ao franqueador por um vínculo empregatício. Daí falar-se como elemento característico da *franquia* a *independência* do franqueado, isto é, sua autonomia econômica e jurídica, integrando ele a rede de distribuição dos produtos, mas não participando da empresa distribuidora.

O sucesso da *franquia* nos Estados Unidos, onde os resultados com a comercialização de produtos pelo sistema de *franquia* atingem a casa de 10% das operações de natureza comercial, em breve passou para os países europeus, que começa-

ram a adotá-la em larga escala. Atualmente se procura, no Brasil, incentivar o uso da franquia, no que estão interessados os órgãos oficiais do governo.¹

433. Conceito – Baseados nos elementos que nos fornecem os métodos de comercialização pela franquia, podemos conceituar esta como o contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por vínculo de subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos.

No Brasil, o art. 2º da Lei nº 8.955, de 15.12.1994, “dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising)”, “aplica-se aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional” (art. 8º) e apresenta a seguinte definição franquia empresarial: “Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Para obter a *franquia*, em regra o franqueado paga ao franqueador uma taxa inicial, obrigando-se ainda a pagar-lhe importâncias suplementares consistentes em percentagens sobre os produtos vendidos. Por seu lado, o franqueador geralmente assegura ao franqueado exclusividade em certo *território*, sendo considerado esse o lugar ou a região (cidade, grupo de cidades, Estado, grupo de Estados) em que o franqueado terá atuação.

Tratando-se de contrato relativamente novo, até recentemente não havia ainda em nenhum país, exceto os Estados Unidos, normas legais para regular os direitos e deveres do franqueado e do franqueador; esses, regra geral, são impostos por cláusulas contratuais que se subordinam ao direito comum. Essas cláusulas con-

1 A bibliografia sobre a *franquia* é abundante nos Estados Unidos, muito embora a maioria das obras que tratam do assunto verse principalmente sobre *marketing* ou operações comerciais. Como obra especializada, reconhecida como a mais completa existente nos Estados Unidos sobre o assunto – “the Bible of the franchising field”, dizem os comentadores –, há o livro de Harry Kursh, *The Franchise Boom*, 3ª ed., Prentice-Hall, N. Y., 1969. Na França, afora artigos na imprensa especializada e a obra *Le contrat de Franchising*, de J. Bucell, D.E.S., Montpellier, 1970, há um valioso relato do Prof. R. Saint-Alary, da Faculdade de Direito de Paris, seguido de comentários de J. C. Teston e Melle Baroudy, in *Nouvelles Techniques Contractuelles*, Lib. Techniques, Montpellier, 1970, pp. 55 e segs. O Lamy-Droit Economique, anteriormente denominado *Lamy-Commercial*, dedica uma seção especial – nºs 3.500 e segs. – ao contrato de franquia (*franchise*) na França (nºs 5.922 a 6.004, ed. de 1993). V., recentemente, na França, Rodica Elena Muth, in *Franchise expert: faite et experiences*. O vol. II traz uma relação das pessoas que se interessam pela franquia. Paris, Ed. Chotand et associés, 1986.

tratuais são as mais variadas, em virtude mesmo de estar o contrato de franquia ainda em formação. Falaremos abaixo sobre essas cláusulas.

434. Elementos da franquia. Comercialidade – Para que exista um contrato de franquia é necessário que existam um *franqueador* (*franchisor*) e um *franqueado* (*franchisee*). O franqueador também às vezes designado como *concedente* (se bem que a franquia não se confunda com a concessão comercial exclusiva) deve dispor de um produto que tenha assegurada a comercialização. Pode, assim, ser ele o próprio produtor ou fabricante, mas pode ser também um distribuidor geral ou alguém que possa dispor da marca dos produtos e permitir sua comercialização por outrem. O franqueador é, assim, uma empresa.

O franqueado (*franchisee*) é também uma empresa individual ou coletiva que quase sempre se forma com a finalidade, de fazer a distribuição do produto. Em regra, as operações de franquia são destinadas às médias empresas, essas são geralmente constituídas como sociedades empresárias. Nada impede que uma empresa *já formada* passe a ser franqueada; o comum, entretanto, é a empresa se formar para as operações de franquia.

De qualquer modo, franqueador e franqueado devem ser empresários. A franquia é, assim, uma operação empresarial.

435. Objeto da franquia – A franquia tem por fim a exploração de uma marca ou produto com a assistência técnica do franqueador.² “A palavra produto – explica um prospecto do Departamento de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio – engloba tudo o que é oferecido: artigos para revenda, equipamento, maquinaria, instalações, fornecimento para operações de manutenção, material de propaganda e exposição, conjunto de aparelhos para vendas e negociações, material de escritório, manuais etc.” Compreende-se, assim que os objetos a serem comercializados são das mais variadas espécies. É necessário, entretanto, que esses objetos estejam garantidos por uma marca devidamente registrada e que o franqueador, produtor ou intermediário na venda dos produtos, tenha poderes para conceder a comercialização dos mesmos por outras pessoas.

Além da concessão da franquia, deve o franqueador prestar também assistência técnica ao franqueado. O campo dessa assistência é muito amplo e depende do contrato a sua fixação. Pode consistir ela na mera assistência técnica em relação ao bom funcionamento de aparelhos, quando os objetos comercializados forem dessa natureza – marcas especiais de rádios, televisões, condicionadores de ar, refrigeradores, máquinas ou motores – até a colaboração na publicidade para maior venda dos produtos; pode também a assistência ser financeira, mediante o fornecimento de certas garantias, ou a assistência contábil, relativa à adoção de certa espécie de escrituração a ser observada pelo franqueado. Assim, haverá uma ligação constante entre franqueador e franqueado, todos visando a tornar mais fáceis e em maior número as vendas dos produtos.

2 Cf. Saint-Alary, *trab. cit.*, p. 56.

436. Características da franquia – O que caracteriza principalmente a franquia é a *independência* do franqueado, ou seja, a sua autonomia como empresário, não ligado, assim, por um vínculo empregatício com o franqueador. Por isso, não é a empresa franqueada uma sucursal do franqueador. Tem ela autonomia jurídica e financeira, se bem que muitas vezes use como nome a marca do franqueador, o que dá a impressão de ser uma dependente dele.

Essa autonomia, na verdade, é relativa. Ela aparece como absoluta no sentido de franqueador e franqueado serem pessoas distintas, cada uma respondendo pelos atos que pratica. No entanto, as relações que ligam o franqueador ao franqueado são tão íntimas que muitas regras são impostas a esse pelo franqueador, restringindo o seu campo de ação. Assim, existem contratos de franquia que fazem com que o franqueado só pratique determinados atos com autorização expressa do franqueador – propaganda local ou regional, apresentação dos produtos, disposição dos mesmos nos estabelecimentos, escrita especial, fornecimento diário, semanal ou mensal de informes sobre o movimento financeiro do franqueado, até mesmo o uso de uniformes padronizados pelos vendedores do franqueado ou o depósito do apurado das vendas em um determinado estabelecimento bancário, aprovado pelo franqueador. Há, assim, um sem-número de obrigações oriundas do contrato de franquia que tolhem a ação do franqueado, apesar de ser ele uma empresa independente da franqueadora. Daí dizer o Bank of America, referindo-se a esse contrato:

“O melhor método para o sucesso da franquia é uma feliz aplicação de controles pelo franqueador – controles que não são restritivos, mas que beneficiem o franqueado.”³

Ao que acrescenta Harry Kursh:

“*A good franchise will never permit a franchisee complete freedom.*”⁴

Uma outra característica da franquia consiste em constituir a mesma, em relação ao franqueador, “uma rede de distribuição de produtos ou de serviços em condições pouco onerosas para o franqueador”.⁵ Isso porque, segundo o depoimento de Saint-Alary, o franqueador, para distribuir normalmente os seus produtos, deveria fazer despesas, abrindo sucursais, assumindo encargos que iriam pesar em sua economia. Por outro lado, o franqueado se beneficia com a exclusividade da venda de certos produtos já de conhecidas qualidades, sendo-lhe mais fácil, assim, colocá-los no mercado, no que é ajudado pela assistência e publicidade do franqueador.

437. Como se opera a franquia. Onerosidade do contrato – Em geral, a oferta da franquia parte do franqueador. Através de publicações em órgãos especializados ou mesmo na imprensa comum, ou por qualquer outro meio de comunicação, o franqueador oferece a pessoas físicas ou jurídicas a concessão da franquia sobre determinados produtos, apresentando as vantagens desse método

3 Cf. Harry Kursh, ob. cit., p. 98.

4 Harry Kursh, ob. cit., p. 94.

5 Santi-Alary, ob. cit., p. 56.

de distribuição. Cabe ao franqueado, baseado naquela oferta, entender-se com o franqueador para a obtenção da concessão.

Quanto aos sistemas de franquia instalados e operados no território brasileiro, a Lei nº 8.955, de 15.12.1994, dispõe o seguinte, nos seus arts. 3º, 4º e 7º:

“Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

I – histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

II – balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III – indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV – descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

V – perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;

VI – requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII – especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII – informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX – relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X – em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

XI – informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou admi-

nistração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

XII – indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

- a) supervisão de rede;
- b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;
- c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;
- d) treinamento dos funcionários do franqueado;
- e) manuais de franquia;
- f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e
- g) *layout* e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII – situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV – situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

- a) *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e
- b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

XV – modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e *royalties*, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.

Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”

Cautelas devem ser tomadas por ambas as partes, antes da conclusão do contrato. O franqueado deve examinar a situação do franqueador, qualidade dos produtos, sua aceitação no mercado consumidor, as imposições do franqueador para a concessão da franquia, território em que pode agir, com exclusividade, na comercialização. Por sua vez, o franqueador investigará as aptidões do franqueado, sua capacidade em comercializar os produtos, sua situação financeira, pedindo referências bancárias etc. Só depois de examinadas essas condições preliminares entram as duas partes em entendimento direto, discutindo as várias cláusulas do contrato que regulará as suas relações, cláusulas, como frisamos acima, que são bastante variáveis, dado o extenso campo de ação da franquia.

O contrato de franquia é sempre oneroso. Essa onerosidade provém, em primeiro lugar, de uma taxa, às vezes chamada de *taxa de filiação*, que o franqueador cobra para conceder a franquia. Algumas vezes, além da taxa, o franqueador exige uma caução em dinheiro para garantir o futuro fornecimento das mercadorias. Ainda cobra, sobre as vendas, uma determinada percentagem, o que vem de um certo modo diminuir os lucros do franqueado. Os contratos fixam essas taxas, que variam, naturalmente, de acordo com os produtos ou serviços que são dados em comercialização.

O contrato se faz por escrito, dado o grande número de relações que são reguladas no mesmo. Em regra, faz-se um contrato *de adesão*, com cláusulas fixas, impressas, sendo muito pouco aquilo que o franqueado pode aduzir ao previamente imposto pelo franqueador.

438. Natureza jurídica – O contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma distribuição de certos produtos, de acordo com as normas convencionadas. A prestação de serviços é feita pelo franqueador ao franqueado, possibilitando a esse a venda de produtos que tragam a marca daquele. A distribuição é a tarefa do franqueado, que se caracteriza na comercialização do produto. Os dois contratos agem conjuntamente, donde ser a junção de suas normas que dá ao contrato a característica de franquia.

Muito se aproxima esse contrato de outros, havendo, contudo, pontos que os distanciam. Assim, está ele bem ligado ao contrato de *concessão exclusiva*, mas dele se destaca porque neste há um monopólio por parte ao concessionário, enquanto tal não acontece com a franquia. Também se aproxima do contrato de *fornecimento*, mas dele também se distancia, pois no fornecimento o fornecedor não é obrigado a prestar assistência, técnica ou comercial, ao comprador, o que ocorre com a franquia. Igualmente, a franquia se aproxima do simples contrato de *distribuição*, que é feito pelos comerciantes através de agentes ou sucursais espalhadas em vários recantos. Em tal caso, as sucursais são dependentes das empresas produtoras ou distribuidoras das mercadorias e os agentes ou representantes são simples intermediários nas vendas. O franqueado é, como se disse antes, independente e age em nome próprio e não como representante do produtor. A este se liga apenas porque dele recebeu o direito de comercializar o produto, franqueado, muitas vezes usando do nome, título do estabelecimento do franqueador ou insígnia do mesmo, de modo a induzir o consumidor a adquirir o produto com a mesma certeza de autenticidade que o adquiriria no próprio produtor.

É, assim, o contrato de franquia *autônomo*, muito embora seja um produto híbrido de outros contratos.

439. Classificação – Classifica-se a franquia como um contrato *consensual, bilateral, oneroso, de execução continuada e híbrido*; no Brasil, é um contrato *típico*, regulado numa lei lacônica.

É *consensual* porque se torna obrigatória pela simples manifestação da vontade dos contratantes. Quase sempre se forma por escrito, mas, pelo menos teoricamente, poderá ser constituído verbalmente. Em tal caso, sua prova se faz principalmente pela escrituração dos livros dos contratantes. O pagamento de uma certa *taxa de filiação* não é da essência da formação do contrato e sim uma consequência do acordo das partes. Alguns contratos dispensam mesmo esse pagamento.⁶

A *onerosidade* resulta do proveito que as partes têm na franquia. O franqueado, mesmo não pagando a taxa inicial, fica sujeito a pagar ao franqueador percenta-

6 Para o exame de alguns contratos de *franquia*, v. H. Kursh, ob. cit., Apêndice H, pp. 384 e seqs.; *Nouvelles Techniques Contractuelles*, ob. cit., pp. 71-76.

gens sobre suas vendas. Esse pagamento representa a remuneração do franqueador pela concessão de suas marcas na comercialização dos produtos.

É, também, um contrato *bilateral*, do acordo nascendo obrigações para ambas as partes. O franqueador, além de ceder o uso de suas marcas, se obriga a prestar assistência técnica e comercial ao franqueado. Este, por sua vez, além de se obrigar a pagar as taxas sobre as vendas ao franqueador, é obrigado a manter a reputação dos produtos que distribui, fazer publicidade e realizar inúmeras outras prestações estabelecidas no contrato.

É, ainda, um contrato de *execução sucessiva*, já que as prestações não são feitas em um só momento, mas continuamente.

É um contrato *híbrido*, no dizer de Saint-Alary.⁷

Para nós é um contrato tipicamente *empresarial*, em virtude de ser celebrado entre empresários, para fins comerciais.

440. Cláusulas contratuais – Escrevendo sobre as cláusulas contratuais e as obrigações que das mesmas resultam, Harry Kursh adverte:

*“There is not now, never has been, and probably never will be anything resembling a ‘standard’, or ‘average’, or ‘typical’ franchise contract.”*⁸

Por ser lacônica a Lei nº 8.955, de 15.12.1994, regendo-se o contrato de franquia no Brasil, principalmente, por relações contratuais, inspiradas no princípio da autonomia da vontade. A franquia abrange um vasto campo de ação dado o sem-número de artigos que podem ser distribuídos para a comercialização pelos franqueados. As cláusulas contratuais são as mais variadas, de acordo com a natureza e importância dos produtos e os interesses das partes. Associações especializadas, como a Small Business Administration, de Washington, e o Bank of America, depois de estudar inúmeros contratos, fizeram listas das cláusulas mais usadas encontradas nos mesmos. A lista da Small Business Administration inclui nada menos de 30 cláusulas frequentemente utilizadas, dentre as quais se destacam as referentes ao direito do franqueador de proibir ao franqueado a venda de quaisquer produtos que não forem feitos, aprovados ou indicados pelo franqueador; a realização de um mínimo de vendas dos produtos franqueados; o pagamento de certa importância pela franquia, podendo esse pagamento consistir em uma percentagem sobre o lucro bruto ou uma taxa fixa prefixada. Enumera, também, essa lista como cláusulas comuns a obrigação de manter o franqueado suas portas abertas ao público durante certos dias e horas; o direito de o franqueador inspecionar os livros do franqueado; a participação do franqueado nas despesas de publicidade do franqueador; a aprovação pelo franqueador dos anúncios locais pelo franqueado e o seguro das mercadorias a ser feito pelo franqueado em companhias indicadas pelo franqueador. Mais ainda: há cláusulas frequentes sobre o direito de o franqueador adquirir

7 *Le contrat est beaucoup trop hybride pour être ramené à un de nos contrats types, un contrat ordinaire du Droit Civil, voire même du Droit Commercial, trab. cit., p. 59.*

8 H. Kursh, ob. cit., p. 93.

os negócios do franqueado; o direito de o franqueador proibir ao franqueado certas modalidades de vendas, inclusive as vendas a crédito; a aprovação pelo franqueador das compras de equipamentos feitas pelo franqueado; a submissão de balanços financeiros periódicos do franqueado ao franqueador e a manutenção do franqueado de quotas mensais ou anuais de vendas dos produtos comercializados e o depósito pelo franqueado de todo o apurado em suas vendas em um balanço indicado pelo franqueador. Por último, são usuais cláusulas que obrigam ao franqueado a manutenção de um serviço especial de contabilidade, realizado esse serviço por empresas indicadas pelo franqueador (que, no dizer de Kursh, são muitas vezes, também, empresas franqueadas); a proibição de fazer o franqueado qualquer outro negócio enquanto a franquia estiver em vigor; e até o uso obrigatório pelos empregados do franqueado de uniformes aprovados pelo franqueador.

Como se vê, amplas são as modalidades de como pode ser feita a franquia. Daí dizer Harry Kursh que não existe, nunca existiu nem certamente jamais existirá um contrato *standard* para a franquia. Outros analistas, como J. C. Teston, chegam à mesma conclusão, dada a variedade de cláusulas da franquia.⁹

No entanto, apesar dessa gama de opções, algumas cláusulas são sempre necessárias para caracterizar o contrato de franquia. Essas cláusulas *essenciais* são as que se referem ao *prazo do contrato*, à *delimitação do território* e da *localização*, às *taxas de franquia*, às *quotas de vendas*, ao *direito de o franqueado vender a franquia* e ao *cancelamento ou à extinção do contrato*.

O *prazo do contrato* é, em regra, determinado, comumente variando de 1 a 5 anos. Podem, contudo, as partes convencionar sua prorrogação tácita, findo o prazo. Pode, igualmente, em certos casos, o contrato ser rescindido antes de findo o prazo.

A cláusula sobre o *território* é essencial para que se saiba onde o franqueado pode atuar. Esse território pode ser um grupo de Estados, um só Estado, uma região, uma cidade ou mesmo uma parte da cidade. Acordado o território, fica o franqueado com a exclusividade de usar as marcas do franqueador no mesmo. Em regra também se discute a *localização*, que é o lugar onde o franqueado se estabelece. O franqueador quase sempre aprova a localização, para a fixação da qual são feitos estudos minuciosos, encarando o ponto comercial sob todos os seus aspectos: facilidade de estacionamento, vizinhança, proximidade de bancos, transportes, facilidade de acesso, até mesmo as horas em que há maior afluência de pessoas.

Quanto às *taxas de franquia* (taxas que são devidas pela exploração e pelo uso das marcas do franqueador, inclusive as suas insígnias e sinais de propaganda), essas sempre são devidas. Também é costume ser fixada uma *quota de vendas*, sem o que o franqueador não conheceria o interesse do franqueado. A cláusula referente ao *direito que tem o franqueado de vender o seu negócio* é uma resultante da independência e autonomia deste, que não tem relação empregatícia com o

9 Cf. J. C. Teston, in *Nouvells Techniques Contractuelles*, pp. 61 e segs.

franqueador. No entanto, em regra, este impõe certas obrigações na venda, entre as quais a de aprovar o franqueador o comprador e deste fazer, com ele, novo contrato de franquia. Se assim não for acordado, o franqueado pode livremente vender o seu negócio (quando não houver uma cláusula dando preferência na aquisição ao franqueador), mas o comprador não poderá utilizar as marcas, insígnias e sinais de propaganda do franqueador.

Por último, as cláusulas referentes ao cancelamento ou à *extinção* do contrato devem esclarecer os motivos que podem causar essa extinção.

441. Preço dos produtos franqueados – Um item que sempre é cuidadosamente tratado na feitura dos contratos de franquia é o que se refere ao preço das mercadorias que serão comercializadas ou dos serviços que serão prestados. Esse preço é comumente fixado pelo franqueador; sobre ele, naturalmente, é dado um abatimento ao franqueado, o que vem a constituir o lucro deste nas vendas realizadas. Quase sempre os preços são uniformes, em relação ao público consumidor, sendo, assim, os mesmos, quer este adquira o produto junto ao fornecedor, quer junto ao franqueado.

Algumas vezes, entretanto, em condições especiais, o franqueador consente que o preço seja alterado, para mais, pelo franqueado. Isso ocorre, em regra, quando o franqueador está localizado em uma praça distante da do franqueado e o aumento do preço é feito a título de compensação pela remessa das mercadorias ao franqueado, remessa que acarreta uma série de despesas. Fixado o preço pelo franqueador, não pode o franqueado, a seu bel-prazer, alterá-lo para conseguir maiores lucros – quando o altera para mais – ou maior número de fregueses, quando a alteração é para menos.

Em qualquer hipótese, entretanto, o preço da venda das mercadorias é fixado sempre pelo franqueador. O franqueado, desejando fazer qualquer alteração no mesmo, terá que ter a aprovação do franqueador, que, para atendê-lo, examinará as condições existentes para a alteração do preço no território concedido ao franqueado.

Os terceiros que se sentirem prejudicados com a alteração do preço de venda das mercadorias, pelo franqueado, poderão dirigir-se diretamente ao franqueador, fazendo suas reclamações. Sendo essas justas, poderá o ocorrido dar lugar ao cancelamento da franquia pelo franqueador.

442. Extinção do contrato – O contrato de franquia se extingue, normalmente, pela expiração do prazo convencionado entre as partes. Extingue-se, igualmente, a qualquer momento, pela mútua vontade dos contratantes, como acontece com os contratos em geral.

Pode, entretanto, o contrato ser extinto durante sua vigência, quando uma das partes deixa de cumprir as obrigações que expressamente assumiu, de acordo com as cláusulas contratuais. A extinção é requerida pela parte prejudicada, sendo necessária a prova da infração contratual.

É comum ser o contrato resilido por ato que não diga respeito diretamente à comercialização dos produtos, mas que, indiretamente, venha em prejuízo de uma das partes. Assim, pode o franqueador pôr fim ao contrato se a conduta do franqueado for tal que isso se reflita no bom conceito do franqueador. Desse modo, pode o franqueador pôr fim ao contrato se o franqueado é ébrio contumaz, se costuma, em sua vida privada, praticar atos escandalosos etc.; isso porque o franqueado tem por obrigação zelar, em todos os sentidos, pelo prestígio do produto, e sua conduta particular se reflete na boa imagem que o franqueador deve inspirar, através dos seus produtos.

Em geral, apesar de ser o contrato por tempo determinado, costumam as partes estabelecer cláusulas que deem lugar à sua extinção por ato unilateral. Nos Estados Unidos existem empresas que permitem a rescisão do contrato, *mesmo sem causa*.¹⁰ Esse procedimento é justificado pelo fato de ser a franquia um contrato de boa-fé. Se, por qualquer motivo, não interessa mais ao franqueado a continuação da franquia, basta o mesmo comunicar ao franqueador a sua intenção do desfazimento do contrato, sem necessidade de explicar os motivos por que assim o faz.

10 Cf. H. Kursh, ob. cit., p. 106.

XXXIII

“KNOW-HOW”

443. Significado da expressão “know-how” – A expressão *know-how* foi, pela primeira vez, empregada no campo do direito industrial em 1916,¹ mas só se tornou usual em 1953, quando passou a ser empregada correntemente na linguagem americana. Da América foi ela transportada para a Europa e, finalmente, de pouco tempo para cá, é usada no mundo inteiro. A expressão é apenas a abreviação de uma frase, *the know-how to do it*, em tradução literal “saber como se faz alguma coisa”.

Em alguns países, como na França, houve tentativas de traduzir a expressão, sendo sugerida sua substituição por *savoir-faire*, por *connaissances spéciales*, *secret technique* etc. Mas a realidade é que, não alcançando essas traduções o sentido exato do *know-how*, esta expressão é a comumente empregada por todos quantos se utilizam dos conhecimentos especiais que constituem o *know-how* e pelos que tratam desse assunto, apesar de não se referirem à expressão as leis que, nos diversos países, regulam a transferência do *know-how*.² Na jurisprudência anglo-saxônica e europeia em geral são encontradas muitas decisões em que são feitas referências expressas a *know-how*.

No Brasil, a expressão é usada comumente, e às vezes até abusivamente, pois tem havido confusão entre *know-how* e assistência técnica.

444. Noção de “know-how” – Muitas têm sido as definições dadas do *know-how*, mas a verdade é que, pela complexidade do objeto dessas definições, não têm as mesmas tido aceitação geral. Paul Démin,³ depois de criticar várias definições propostas por órgãos oficiais (Câmara de Comércio Internacional de Paris, Associação Nacional Belga para a Proteção da Propriedade Industrial), ou por autores que tratam da matéria (A. Bertin, *Le secret en matière d'inventions*, Ch. S.

1 Cf. Lawrence J. Eckstrom, *Licensing in domestic and foreign operations*, 3ª ed., p. 107, cit. por François Magnin, *Know-how et propriété industrielle*, Paris, Lib. Techniques, 1974, p. 19.
2 Cf. J. A. Gomes Segade, *El secreto industrial (Know-how) – Concepto y protección*, Madrid, Ed. Tecnos, 1974, pp. 134/135.
3 *Le contrat de know-how*, Bruxelas, Etabl. Emile Bruylant, 1969, pp. 13 e segs.

Maddock, *Know-how licensing under the antitrust laws of the United States and the Rome Treaty*), sugere a seguinte, a seu ver mais exata:

“O contrato de *know-how* é uma convenção pela qual uma pessoa, física ou moral, se obriga a fazer o contratante fruir dos direitos que ela possui sobre certas fórmulas e processos secretos, durante um certo tempo e de acordo com um certo preço que esta se obriga a lhe pagar.”⁴

Por sua vez, F. Magnin, depois de dividir as definições em definições no plano internacional (as da Comissão Econômica para a Europa e a da Câmara de Comércio Internacional) e definições no plano nacional (as propostas na França, na Alemanha, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos), faz uma crítica demorada das mesmas para terminar oferecendo a sua, após analisar os vários e complexos elementos do *know-how*:

“O *know-how* é uma arte de fabricação.”⁵

Pelo estudo das várias definições propostas, verifica-se que é sumamente difícil dar uma definição sucinta do *know-how*. Daí dizer Gómez Segade:

“A meu juízo, não deve intentar-se uma definição do *know-how* válida universalmente, já que a definição da figura e a delimitação dos seus contornos devem ficar a cargo das legislações nacionais.”

E justifica o seu ponto de vista:

“Uma definição uniforme do *know-how* poderia prejudicar os países fundamentalmente recebedores do *know-how* (países subdesenvolvidos) em benefício dos mais ricos, que são os que habitualmente exportam o *know-how*. Estes últimos sempre tenderão a interpretar amplamente o termo e desta forma se amplia o eventual conteúdo das licenças, com o subsequente prejuízo para os países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. *Para os efeitos de estudo e de proteção do 'know-how' é suficiente uma descrição de suas linhas mestras, que logo podem ser matizadas pela legislação nacional.*”

Assim, se não é fácil definir-se, a contento de todos, o *know-how*, pode-se dele ter uma noção. Consiste o *know-how* em certos conhecimentos ou processos, secretos e originais, que uma pessoa tem e que, devidamente aplicados, dão como resultado um benefício a favor daquele que os emprega. Esses conhecimentos ou processos devem, como se disse, ser originais e secretos. É justamente com a sua aplicação que resultam benefícios em favor do utilizador do *know-how*. Daí a sua transferência ser considerada, hoje, uma forte fonte de rendas para os possuidores de *know-how*, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

O *know-how* é, como se vê, um produto da era tecnológica em que vivemos. À proporção que aumenta a tecnologia, são requeridos meios originais para tornar os produtos mais rentáveis. Não se confunde, evidentemente, o *know-how* com a invenção. Essa é uma criação nova do espírito humano, enquanto que o *know-how*

4 P. Démin, ob. cit., p. 17.

5 F. Magnin, ob. cit., pp. 24 e segs., e p. 94.

é, basicamente, um *processo* de realização de produto, de maneira original e secreta. Por isso a invenção é patenteável, enquanto o *know-how* não é. Patenteado, o procedimento perderia a sua valia, pois se tornaria do conhecimento do público, isto é, seria conhecido de terceiros, quando o *know-how* é eminentemente privado.

Assim sendo, devem-se entender por *know-how* os conhecimentos secretos que uma pessoa tem, capazes de melhorar ou criar um produto, tornando-o mais rentável para o seu possuidor. Pode o *know-how* consistir em uma qualidade da pessoa. Essa qualidade induz à prática de uma certa técnica que pode ser comunicada a outra pessoa, sendo essa transferência o que constitui essencialmente o contrato de *know-how*.

445. “Know-how” e contrato de “know-how” – Verifica-se, assim, que são coisas diversas o *know-how* e o *contrato de know-how*. Paul Démin faz certa confusão entre os dois conceitos,⁶ mas na verdade *know-how* são os *conhecimentos de um processo que alguém tem*, conhecimentos esses ainda secretos, e *contrato de know-how*, a *transferência desses conhecimentos ou processos a outras pessoas*.

Nessas condições, o objeto do contrato de *know-how* é a *transferência* de uma pessoa a outra de certos *conhecimentos* ou *certas técnicas* que podem ser aplicadas ou podem dar lugar à criação de produtos de maneira vantajosa para quem aplica esses conhecimentos e essas técnicas.

446. Elementos do “know-how” – Muito discutidos, dado se tratar de um bem imaterial, são os elementos que constituem o *know-how*. Dos vários critérios apresentados para caracterizar esses elementos, o mais aceitável é o que considera como integrantes do *know-how* a habilidade, a experiência e conhecimentos técnicos e os processos postos em prática na aplicação desses conhecimentos.

A *habilidade* é um elemento grandemente pessoal, que requer certas qualidades do agente. Tal elemento será talvez de pouca valia se a ele não se juntarem a *experiência*, isto é, o resultado da continuidade da experimentação, e os *conhecimentos técnicos*, que são como que o suporte para a habilidade e a experiência. O *processo* é um modo especial, original, que o portador do *know-how*, com sua habilidade, experiência e seus conhecimentos, utiliza para a obtenção do resultado desejado. Esses quatro elementos se integram de maneira disforme, podendo um suplantar o outro. De qualquer modo, são eles que caracterizam o *know-how*, da junção dos quais nasce, para o possuidor, um bem imaterial de valor patrimonial e que, por isso mesmo, pode ser transferido a outrem.

Deve-se, ainda, acrescentar que, para tal bem imaterial ter valor patrimonial, podendo, assim, ser transferido onerosamente a outrem, é necessário que aos elementos abstratos que constituem o *know-how* se juntem, ainda, o *segredo* e a *novidade*. Por *segredo* entende-se o fato de não ser o *know-how* do conhecimento de terceiros, pertencendo apenas a uma pessoa. E por *novidade* deve-se entender o fato de ser o processo a pôr em prática um processo original, de uso não comum

6 P. Démin, ob. cit., p. 22.

para os fins a que se destina. O *segredo* é o que diferencia o *know-how* da invenção patenteada, pois essa tem uma publicidade legal. A *novidade* pode ser, entretanto, apenas relativa, isto é, constituir o processo original apenas para aquele a quem é transferido o *know-how*.

447. “Know-how” e assistência técnica – Do mesmo modo que o *know-how* difere da invenção patenteada, não deve ser confundido, também, com a *assistência técnica*. Autores existem que confundem a assistência técnica com a transferência de *know-how*,⁷ mas tal, na realidade, não acontece. Masnatta faz a distinção:

“Se o titular se obriga a ministrar informes, dados, planos, especificações etc., sobre um processo industrial específico, sem intervir na aplicação de fórmulas nem garantindo o resultado, mas podendo proibir o uso do procedimento em caso de ruptura ou ao termo do contrato, estamos diante de um contrato de *know-how*, especialmente se as fórmulas e procedimentos são desconhecidos no setor e devem manter-se em segredo pelo cocontratante.

Ao contrário, se o acordo obrigar a ministrar o concurso técnico necessário para conduzir ao processo de fabricação, trazendo para a empresa assistente uma obrigação de fazer e uma obrigação de resultado, estamos em presença do contrato de assistência técnica.”⁸

Paul Démin simplifica a diferença entre o contrato de *know-how* e a assistência técnica, mostrando que no primeiro se faz a *transferência de um bem imaterial*, transferência essa muito próxima da locação (já que o *know-how* é quase sempre transferido por tempo determinado), enquanto que a assistência técnica é uma *prestação de serviços*.⁹

448. Natureza jurídica do “know-how”. Valor econômico. Proteção – O *know-how* é, para a grande maioria dos autores que o estudaram, considerado, hoje, um *bem imaterial*,¹⁰ segundo a denominação dada por Kohler a certos bens incorpóreos. Como um bem imaterial, incorpóreo, pode ser formado por elementos diversos, até mesmo corpóreos, como no caso em que a transferência desse bem se faz através de desenhos e gráficos que configuram o modo de procedimento. E em se tratando de um *bem* tem valor *patrimonial*, razão pela qual a sua transferência pode ser feita, como em regra o é, a título oneroso (podendo, entretanto, ser a título gratuito, como acontece com a transferência de *know-how* para países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento).

Por se tratar de um bem, tem proteção legal. O Comitê Executivo da Câmara de Comércio Internacional, na sua 65ª sessão, realizada de 22 a 27.03.1961, adotou uma resolução definindo o *know-how* em que declara:

7 J. M. Martín, *Tratamiento fiscal de las regalías y otros pago al extranjero por asistencia técnica*, in *Impuestos*, T. XXVIII, nº 6, p. 3, cit. por Héctor Masnatta, *Los contratos de transmisión de tecnología*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1971, p. 31.

8 Masnatta, ob. cit., p. 31.

9 P. Démin, ob. cit., pp. 23/24.

10 Cf. Segade, ob. cit., p. 69 e bibliografia citada.

“O *know-how* que tem um caráter secreto é um bem apresentando um valor econômico e a lei deve protegê-lo.”

449. Transferência de “know-how” – O *know-how* constitui, assim, um *bem imaterial*, de valor patrimonial, que deve ser protegido pela lei, constituindo essa proteção sobretudo na manutenção do *segredo* de que se reveste, o que significa que esse segredo não deve ser tornado público quando é feita sua transferência a outrem.

Em se tratando de um bem, o *know-how* pode ser transferido por quem o possui, pessoa física ou jurídica, a outra pessoa. Essa transferência é comumente feita, por *tempo determinado*, a uma pessoa especificada e mediante cláusulas especiais, a principal das quais é ser guardado o segredo pelo que recebe o *know-how*, constituindo penalidade a sua divulgação. Quando a transferência é feita com desenhos, gráficos, especificações especiais etc., esses documentos não podem ser divulgados, ficando quem os recebe com a obrigação de devolvê-los a quem os transferiu, uma vez findo o contrato, qualquer que seja o motivo que deu lugar à sua extinção.¹¹

450. Modalidades de transferência – A transferência do *know-how* pode ser feita em caráter definitivo ou em caráter temporário. Quando em caráter definitivo, dá-se uma cessão: o detentor do *know-how* é o cedente e aquele que o recebe, o cessionário. Apesar de ser feita em caráter definitivo, o novo detentor do *know-how*, em regra, não pode cedê-lo a terceiros, a não ser com o consentimento do cedente. O caráter definitivo, no caso, significa apenas que o *know-how* não é concedido apenas por um certo lapso de tempo.

Quando o *know-how* é transferido temporariamente, o é através de uma *licença*. Em tal caso, o recebedor do *know-how* pode usá-lo apenas temporariamente. Expirado o prazo de concessão, deve o licenciado abster-se de usar o processo de *know-how*, apesar de já o haver aprendido. Inúmeras decisões existentes das cortes dos Estados Unidos sobre o assunto.¹²

Diz-se que a transferência é de *know-how puro* quando o *know-how* é transferido isoladamente. Em tal caso a transferência se refere apenas ao modo do proceder que constitui a essência do *know-how*. Transmite-se apenas como se faz, segundo o método original do *know-how*, mas não se complementa essa transferência de uma técnica com outros atos.

Por sua vez, podem com o *know-how* ser transferidos outros direitos, como o da exploração da patente sobre a qual se aplica o *know-how*, o fornecimento de materiais etc. Em tais casos, fala-se em *know-how misto* ou *combinado*. Segundo os técnicos, a transferência do *know-how misto* é bem mais numerosa do que a do *know-how puro*. E na transferência ao *know-how misto* leva-se em consideração

11 Sobre o assunto, v. a palestra do Prof. Antonio Chaves – *Importação e exportação de know-how no Brasil* – RT Informa, nº 145, 1ª quinzena de janeiro de 1976, pp. 23 e segs.

12 V. decisões em Magnin, ob. cit., *passim*.

qual o elemento mais importante, se o do simples *know-how*, se dos elementos complementares. Em pesquisas realizadas verificou-se que, em certas indústrias, há predominância de um elemento sobre outro. Assim, na indústria farmacêutica vale mais a patente que o *know-how*; já nas indústrias têxtil e metalúrgica, a patente é de pouca importância, tendo predominância o *know-how*.¹³ O assunto tem importância para se poder fixar a remuneração do *know-how*.

451. Natureza jurídica do contrato de “know-how” – O contrato de *know-how* é atípico e aparece na esfera jurídica como um contrato novo, decorrente do progresso da tecnologia e de suas aplicações na indústria. Tem como componentes, em maior ou menor escala, segundo o contrato específico, uma prestação de serviços, uma venda ou uma locação. Forma-se *intuitu personae*, em geral por escrito, e cria obrigações para ambas as partes. É em regra *oneroso*, mas, em certas situações, pode a transferência do *know-how* ser a título gratuito, quando a parte concedente visa a outra finalidade que não auferir lucro com a transferência, como acontece quando o *know-how* é cedido a empresas de países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Também acontece que, em vez de ser vendido, o *know-how* seja permutado por outro, em regra de valor equivalente, o que pressupõe uma troca.

Se bem que haja certas penalidades, impostas pelos países, aos que transgridem as normas do *know-how* (proibição de fabricação de produtos com *know-how* alheio, com a condenação em perdas e danos pelos prejuízos sofridos pelo detentor do *know-how*), este contrato se rege pelas cláusulas estipuladas, sendo, assim, como observa Magnin, fruto da liberdade contratual. Apesar dessa ampla liberdade contratual, a Comissão Econômica para a Europa, órgão das Nações Unidas, publicou um *Guia para a redação de contratos relativos à transferência internacional de know-how na Indústria Mecânica*, em 91 artigos, nos quais estuda todas as fases da transferência do *know-how*.

452. Formação do contrato. Fases – O contrato de *know-how* se forma, em regra, obedecendo a várias fases, completamente distintas. Inicia-se com entendimentos preliminares entre o detentor do *know-how* e o pretendente à transferência do mesmo. Esses entendimentos preliminares em regra contam com uma dificuldade, que é a de dar o detentor do *know-how* uma ideia dos procedimentos que poderão ser cedidos. Sendo esses procedimentos *secretos*, não podem ser transmitidos ao pretendente antes que este adquira a concessão. Para tanto, costumeiramente as partes fazem uma convenção particular, na qual o pretendente se compromete a guardar e não utilizar o segredo que lhe for transmitido, ainda mesmo no caso de não ser feito o contrato. Essa convenção preliminar é às vezes chamada de *contrato de opção*.

Passa-se, em seguida, à redação do contrato. Aí, de acordo com o combinado entre as partes, são reguladas as relações entre os contratantes. Dá-se, geralmente,

13 Cf. Magnin, com os resultados de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, em 1958, ob. cit., pp. 260 e segs.

uma descrição do *know-how* e são regulados o tempo de utilização, remuneração do concedente etc. Havendo ampla liberdade contratual, algumas vezes as partes incluem cláusulas que redundam na restrição do adquirente, representando, assim, uma infringência à livre concorrência. Para evitar abusos, foram baixadas leis não apenas nos Estados Unidos, mas em vários países da Europa, reprimindo esses abusos advindos das cláusulas do contrato. Essas leis são chamadas *leis contratuais* e a primeira delas, nos Estados Unidos, foi o Sherman Act de 1890, à qual se seguiram outros *Acts*, culminando com o Robinson-Patman Act, de 1936. Apesar de o *know-how* só passar a ser utilizado em larga escala a partir de 1943, tais leis, anteriores a essa data, traziam regras reprimindo a concorrência desleal que foram aplicadas a esse modo de transferência de tecnologia.

As principais cláusulas contratuais são as que se referem às obrigações do concedente e do adquirente do *know-how*. O concedente, em regra chamado de *fornecedor*, deve obrigar-se a transferir o *know-how* ao adquirente, seja lhe fornecendo os documentos e material necessários para a perfeita utilização desse, seja dando assistência técnica, por um certo período, ao adquirente.

Às vezes o concedente assume uma obrigação de garantia sobre os bons resultados do *know-how*, mas essa cláusula não é frequente. De qualquer modo, deve ser ela expressa no contrato, quando assim for acordado, não se admitindo presunção da mesma.

Também deve assumir o concedente a obrigação de guardar segredo sobre o *know-how*. Essa obrigação é, em princípio, do beneficiário, mas esse seria lesado se, depois que lhe é concedido o *know-how*, o concedente tornasse público o seu processo especial. Assim, a cláusula deve figurar não apenas como obrigação do beneficiário mas do concedente também.

Por sua vez, o beneficiário deve remunerar o fornecedor pela concessão do *know-how* que esse lhe fez. Essa remuneração (*royalty*) é estipulada por livre acordo entre as partes e o seu pagamento pode ser feito de uma só vez, ou com uma entrada inicial e percentagens sobre vendas, ou somente constituindo percentagens sobre vendas ou o pagamento de importâncias fixas, feito parceladamente. De acordo com a natureza do *know-how* essas remunerações podem ser muito altas. Quando o *know-how* é feito para países estrangeiros, pesam bastante na vida econômica desses países as despesas com a concessão.¹⁴

Podem, entretanto, como já assinalado, o *know-how* ser concedido a título gratuito, quando há um interesse indireto do concedente. Podem, igualmente, ser feitas trocas de *know-how*, em regra de valores equivalentes. O contrato deve especificar detalhadamente a questão da remuneração, pois esse é um dos aspectos mais importantes da transferência do *know-how*.

14 Só de *royalties* com o *know-how* importado dos Estados Unidos e assistência técnica o Brasil pagou, em 1966, 14 milhões de dólares; toda a América Latina pagou 1.931 milhões de dólares. Na Argentina, em 1968, as divisas remetidas para o exterior a título de *royalties*, assistência técnica e explorações de patentes se elevaram a 11,6% do total das importações. Cf. Masnatta, ob. cit., pp. 23 e 24.

Ainda cabe ao adquirente a obrigação de manter a qualidade dos produtos em que foi utilizado o *know-how*.

453. Extinção do contrato – O contrato de *know-how* se extingue quando atingido o termo de sua duração, ou pela vontade mútua dos contratantes, ou de acordo com as disposições contratuais. Pode, entretanto, o contrato ser denunciado por modificação essencial no seu objeto, como se, por exemplo, o *know-how* perde o seu valor, ou por mudança da pessoa que recebe o *know-how*, já que o contrato é feito *intuitu personae*. A sua resolução se pode dar por violação de cláusula contratual ou por outra razão especificada no contrato.

Em qualquer hipótese de extinção do contrato, deve o beneficiário continuar a guardar sigilo sobre o *know-how* e não utilizá-lo. Deve, igualmente, devolver os documentos que por acaso lhe tenham sido fornecidos.

454. “Know-how” e direito fiscal – O direito fiscal tem muito interesse no *know-how* porque são cobrados impostos e taxas sobre a concessão do *know-how* e sobre os resultados do mesmo. Quase todas as obras que tratam desse contrato se detêm na análise do seu regime fiscal. Entre elas, se destaca, entretanto, a de Paul Démin,¹⁵ que estuda o regime fiscal do *know-how* em seis países do Mercado Comum Europeu (Bélgica, França, Holanda, Alemanha, Itália e Luxemburgo).

15 Paul Démin, *Le contrat de know-how (Étude de sa nature juridique et du régime fiscal des rédévances dans les pays du Marché Commun)*.

XXXIV

CARTÕES DE CRÉDITO

455. Noção – Contingências surgidas na vida moderna têm dado lugar ao aparecimento de novas modalidades de comerciar, criando métodos ou processos que, pela sua frequente utilização, se transformam em procedimentos comuns. Esses procedimentos em regra têm características próprias, o que faz com que, em virtude de assumirem aspectos jurídicos, mereçam estudos e tentativas de classificação por parte dos juristas.

Tal é o que acontece com os cartões de crédito, hoje largamente utilizados nas transações, facilitando grandemente as operações, mas encerrando várias situações jurídicas que merecem ser esclarecidas.

Na realidade, a utilização dos cartões de crédito é apenas um meio fácil para realizações de natureza comercial, principalmente a compra e venda e a prestação de serviços. O cartão, em si, é apenas uma pequena peça de plástico, de tamanho uniforme, tendo impresso e em relevo certos dizeres – nome do organismo emissor, número em código do portador, data da emissão, período de validade, nome e assinatura do portador –, que tem a natureza de um documento de identificação. Não é, na realidade, um título de crédito, desprovido que está das características de abstração e livre circulação, não tendo, igualmente, valor por si mesmo. Como cartão de identificação, credencia o portador na aquisição de bens ou prestação de serviços mediante sua simples apresentação, com a singularidade de que o pagamento das despesas será realizado em uma época posterior e a uma pessoa diversa do vendedor.

É, assim, o cartão de crédito um *meio* para a realização fácil de transações comerciais, simplificando grandemente essas operações. Sua finalidade é justamente essa: tornar mais fácil as compras por parte do seu titular. Mas à emissão dos cartões de crédito precede uma série de contratos que regulam as relações entre o emissor e o usuário; a sua fácil utilização é lastreada também por outros contratos que asseguram ao portador a aquisição de bens ou serviços, dando garantias igualmente ao fornecedor quanto ao recebimento do valor dos bens vendidos ou dos serviços prestados. Por sua vez, são tomadas pelo emissor certas precauções para que fiquem garantidos os seus direitos de cobrança de quem adquiriu os bens ou gozou dos serviços prestados.

O conjunto de todas essas relações jurídicas compõe o que se chama um *sistema* de cartões de crédito. O sistema compreende não apenas as pessoas que o integram – *emissor, titular do cartão e fornecedor* – como as relações jurídicas existentes entre essas pessoas e as modalidades próprias da utilização dos cartões. Em regra, os sistemas são conhecidos pelos nomes das empresas que emitem os cartões ou pelos próprios nomes desses cartões. Assim, temos um sistema *Diner's*, um sistema *Credicard*, um sistema *Passaporte* etc. Se bem que normas gerais sirvam de denominador comum para todos os sistemas, cada um adota uma modalidade própria, não infringente dessas normas para caracterizá-lo.¹

456. Evolução – O uso dos cartões de crédito, em larga escala, se operou nos Estados Unidos, se bem que alguns autores² tentem localizar sua origem na Europa. Mas, na realidade, tais como os conhecemos atualmente, os cartões de crédito surgiram nos Estados Unidos, por volta de 1950. Nesse país já se praticava, anteriormente, a utilização do crédito por meio de cartões (por volta de 1920) nas vendas de gasolina e produtos necessários aos veículos automotores, mas de um modo limitado. Foi, de fato, a partir de 1950, com a criação, por Franck McNa-

1 A literatura estrangeira existente sobre os cartões de crédito é bastante reduzida, a maioria das obras se referindo mais à natureza econômica das operações do que à natureza jurídica dos contratos que regulam a emissão e utilização dos cartões. Dentre as obras especializadas a de Patrick Grayll Chabrier, *Les cartes de crédit*, Paris, Librairies Techniques, 1968, que dedica várias páginas aos aspectos jurídicos dos cartões de crédito; seguem-se a essa a obra de Hernando Sarmiento Ricaurte, *La Tarjeta de Credito*, Bogotá, Ed. Temis, 1973, também se referindo à natureza jurídica dos cartões; as obras, de menor valor, de Michel Schlosser e Gérard Tardy, *Les cartes de crédit*, Paris, Dunod, 1971 e Santiago J. Bullrich, Abelédo Perrot, Buenos Aires, 1971. Instrutiva é a leitura do capítulo sobre os cartões de crédito de Michel Cabrillac, in *Le règlement des créances de l'entreprise*, Paris, Lib. Techniques, 1971, nº 145 a 149, e de R. Rodière et Rives-Lange, in *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 1973, nº 198 a 208. Existe, ainda, digno de menção, o relatório de Jean Stoufflet, *Les cartes de crédit en France*, no VIII Congresso Internacional de Direito Comparado, Pescara, 1970. Artigos esparsos foram publicados na *Revue de la Banque* (Bélgica) e na revista *Banque* (França). Em tratados de Direito Comercial são feitas apenas pequenas referências aos cartões de crédito (Hamel e Lagarder, Rodrigo Uria etc.). Em 1984 foi publicado na Inglaterra um importante estudo de A. C. Druy e C. W. Ferrier – *Credit Cards*, Butterworths – que constitui obra de grande importância para o conhecimento dos cartões de crédito naquele país.

No Brasil, até bem pouco, não existia publicação especial sobre os cartões de crédito, havendo pouquíssimos estudos jurídicos a respeito dos mesmos (por exemplo, a exposição de motivos do Instituto dos Advogados Brasileiros para o seu anteprojeto de lei sobre os cartões de crédito e um pequeno mas substancial estudo do Prof. Egberto Lacerda Teixeira, publicado na *Revista de Direito Mercantil*, nova série, nº 8). Mais recentemente, o Prof. Waldirio Bulgarelli publicou um estudo sobre “A regulamentação dos cartões de crédito”, na *Revista de Direito Mercantil*, nº 19, pp. 47 e segs.

Posteriormente à 4ª edição deste livro (1976), publicamos uma monografia sobre o assunto, intitulada *Cartões de crédito – Natureza Jurídica*, Ed. Forense, 1976. Em 1990 o Prof. Fausto Pereira de Lacerda Filho publicou valioso livro intitulado *Cartões de Crédito*, Curitiba, Ed. Juruê1 Ltda., em que estuda o assunto com profundidade.

2 Hernando Sarmiento Ricaurte, ob. cit., p. 9.

mara, Ralph Schneider e Alfred Bloomingdale, do Diner's Club, que os cartões de crédito passaram a se desenvolver.

Os primeiros cartões eram utilizados apenas em restaurantes (donde o seu nome de *Diner's*),³ posteriormente passando a ser aceito por hotéis. Com os bons resultados alcançados, começaram outras empresas a emitir também cartões de crédito, para a aquisição de bens e prestações de serviços. Os bancos logo se associaram às empresas emissoras de cartões ou passaram eles próprios a emití-los. Como o processo estava em experimentação, houve prejuízos vultosos por parte de certos bancos, o que os levou a aperfeiçoar o sistema.⁴ A ideia foi transportada para a Europa, tendo inicialmente o *Diner's* se instalado na Inglaterra, em 1953, e na França, em 1954. Da Europa os cartões de crédito passaram a ser usados em quase todas as partes do mundo, verificando-se, sobretudo, um acentuado desenvolvimento no Japão, onde os principais bancos começaram a emití-los.

A introdução dos cartões de crédito no Brasil se fez a partir de 1960, sendo pioneiro o *Diner's Club*. Posteriormente, grande número de cartões foram emitidos, quase sempre com a participação bancária, que é hoje a característica maior dos cartões de crédito.

457. Elementos do sistema: emissor, titular e fornecedor – Um sistema de cartões de crédito, além das modalidades especiais como opera, conta sempre com elementos pessoais, que são os que vão pôr o sistema em funcionamento. Esses elementos são nos sistemas emissores de verdadeiros cartões de crédito, o *organismo emissor*, o *titular do cartão* e o *fornecedor* ou *vendedor*:

O *emissor* é, em regra, uma pessoa jurídica que serve de intermediária entre o *titular do cartão* (comprador) e o *fornecedor* (vendedor) para que entre esses se realize uma operação de compra e venda ou uma prestação de serviços. O fato de ser o emissor apenas um intermediário é que distingue o método de negociação por cartões de crédito. Na realidade, o emissor não vende; apenas facilita uma venda, credenciando, por meio da emissão dos cartões, o titular a adquirir mercadorias ou serviços de que necessite junto a um terceiro, o *fornecedor*. Naturalmente, nessa intermediação o emissor auferir lucros; mas assume, também, pesadas obrigações, entre as quais a de pagar ao fornecedor as aquisições feitas pelo titular, correndo o risco de não receber as importâncias desembolsadas.

Titular, beneficiário, usuário ou *portador* é a pessoa credenciada pelo emissor a fazer as aquisições junto ao fornecedor. Em regra, o beneficiário é uma pessoa física, mas podem ser fornecidos cartões a pessoas jurídicas, que se responsabilizarão pelo pagamento ao emissor das despesas feitas por intermédio do cartão; mas essas pessoas jurídicas sempre designam uma pessoa física para utilizar o cartão, não sendo normalmente admitidos que os seus representantes legais, pelo simples fato de serem representantes, o utilizem. Na nossa opinião, isso é possível, desde que do cartão conste o nome comercial da empresa e a pessoa que

3 Cf. Hillel Black, *Compre ahora y pague después*, B. Aires, Ed. Siglo XX, 1965, p. 27.

4 Cf. Schlosser e Tardy, ob. cit., p. 8.

utilize o cartão possa usar desse nome, ou seja, obrigar a empresa nas operações que, em nome dessa realizar. Assim, entretanto, não costuma ser feito, mas, como dissemos, na nossa opinião, nada impede que tal aconteça.

O *titular* deve, naturalmente, ser uma pessoa capaz, mas o problema principal que existe em relação a ele é que tenha patrimônio suficiente para arcar com as despesas que podem ser feitas com o uso do cartão. Desse modo, pode um cartão ser emitido para uso de uma pessoa com a responsabilidade de outra; é o que ocorre quando o marido solicita um cartão para uso da mulher ou de seus dependentes. *Perante o emissor, a responsabilidade fica sendo daquele que pediu o cartão*, não do que o usou. Essa modalidade de expedição de cartões é regulada no contrato feito entre o titular e o emissor.

O último elemento pessoal de um sistema é o *fornecedor* ou *vendedor*. Esse é uma pessoa física ou jurídica que está devidamente habilitada a vender produtos ou prestar serviços. O fornecedor mantém um contrato com o emissor, regulando as relações entre ambos. Esse contrato é em regra chamado de *contrato de filiação*; é em virtude dele que o emissor se obriga a pagar ao fornecedor, antes mesmo de recebê-las do comprador as despesas feitas por intermédio dos cartões, donde passar o emissor a ser o devedor do fornecedor nas operações por esse realizadas através dos cartões de crédito. Em relação ao titular do cartão (*comprador*) o fornecedor realiza uma operação do direito comum, venda ou prestação de serviços. Apenas uma característica diferencia as operações feitas pelos fornecedores com os titulares dos cartões: enquanto, no direito usual, quem compra deve pagar *ao vendedor*, o que acontece também na prestação de serviços, nas realizadas com os cartões de crédito o titular (*comprador*) *deve pagar ao emissor*, não se considerando, assim, devedor do fornecedor ou vendedor. Esse foi, na realidade, o modo fácil de negociação a que visaram os cartões de crédito. Sendo muitos os fornecedores, o titular tem o direito de escolher aquele que lhe convier; mas a obrigação de pagar é sempre a uma mesma pessoa, o organismo emissor, por mais diversas que sejam as aquisições feitas.

As obrigações dos elementos pessoais em um sistema de cartões de crédito têm uma forma *triangular*, na qual o papel principal é, sem dúvida, o do *emissor*. Este, na realidade, é quem escolhe e credencia o *titular* que vai fazer as aquisições; é, também, quem vai *pagar aos fornecedores e receber dos compradores* as despesas feitas por esses. O emissor é quem impulsiona um sistema de cartões de crédito; o sucesso do empreendimento depende, portanto, quase que exclusivamente dele, já que seleciona os portadores dos cartões e os fornecedores de bens ou serviços a esses usuários.

458. Emissão e utilização dos cartões de crédito – A emissão de cartões de crédito é operação que requer cuidados especiais por parte do emissor. Em regra, há uma solicitação do candidato a titular, por escrito, em que um amplo e minucioso questionário deve ser respondido pelo candidato. Esse questionário, além de identificar o candidato, exige dados sobre a sua situação patrimonial, suas rendas, seus bens, até mesmo garantias pessoais que pode oferecer. Do exame de tais

dados, o emissor resolve se concede ou não o cartão. Concedendo, isso representa que as informações foram satisfatórias e que o contrato está concluído entre as partes. Junto à proposta, em geral no verso da mesma (as propostas sempre são impressas e estabelecidos os seus requisitos pelo emissor) constam as cláusulas que vão regular as relações entre o titular e o emissor. Subscrevendo o titular essas cláusulas e sendo expedido, o contrato está feito: as cláusulas de proposta passam a ser cláusulas contratuais, razão por que esse contrato é considerado por muitos como um *contrato de adesão*.⁵

Por ocasião do fornecimento do cartão, em regra o titular paga ao emitente uma taxa de adesão ao sistema, relativa aos benefícios que este lhe proporciona, dando-lhe a oportunidade de, por meio do cartão, serem adquiridos bens ou serviços junto a um grande número de fornecedores filiados ao sistema. Essa taxa é geralmente módica e renovável anualmente, pois a cada ano os cartões serão substituídos por outros, de validade de utilização limitada normalmente a um período de 12 meses.

Recebido o cartão, deverá o titular lançar no mesmo sua assinatura, podendo utilizá-lo imediatamente. Como foi dito, o cartão consiste em uma plaqueta de plástico, hoje de formato internacional uniforme, contendo, em alto relevo, o nome da empresa emissora e mais outros dados, às vezes até mesmo um retrato do portador. Para utilizá-lo, o titular procurará um estabelecimento filiado ao sistema, nele escolhendo as mercadorias ou serviços que lhe aprouverem. Há, em regra, um teto ou limite de crédito a ser utilizado pelo titular de cada vez. Não sendo ultrapassado esse limite, o fornecedor é *obrigado* a vender as mercadorias ou prestar serviços ao titular pelo preço comum do mercado, não podendo ser recusado o cartão de crédito a não ser que tenha sido usado irregularmente. Por ocasião do pagamento, o titular apresentará ao fornecedor o seu cartão, sendo o mesmo copiado em uma máquina própria (*adressograph* ou *pressograph*) pelo vendedor na nota de venda de modelo especial em que é escriturada a operação. Essa nota de venda será assinada, pelo titular e uma de suas vias entregue ao mesmo. A assinatura será aposta em papel impresso pela máquina própria, ou, nos modernos cartões com *chips*, por meio de uma senha. As obrigações de o fornecedor aceitar o cartão e não alterar o preço das mercadorias decorrem do contrato firmado entre esse e o organismo emissor.

Uma vez realizada a venda, o fornecedor cobrará as despesas do *emissor*. Para tanto, na época convencionada (em geral, no fim de cada mês) o fornecedor remete as notas de venda, com um apanhado geral, ao emissor e esse efetua o pagamento. Nessa ocasião, deverá o fornecedor pagar ao emissor a sua remuneração, que consiste em uma percentagem sobre o total das vendas efetuadas. Essa remuneração ao emissor, pelo fornecedor, é devida à prestação de serviços feita por aquele no encaminhamento ao fornecedor de fregueses que podem ser diversos dos seus fregueses comuns e pela aquisição dos créditos do fornecedor. Não deve,

5 Cf. P. G. Chabrier, ob. cit., p. 99.

assim, essa remuneração ser confundida com uma taxa de desconto, pois na realidade o emissor não está fazendo um empréstimo ao fornecedor nem há, por parte desse, garantia subsidiária em relação às contas pagas. Por tal razão, costumam os emissores fazer lançamentos separados em sua escrita, uma partida se referindo ao pagamento *total* das notas de venda e outras dando entrada, como sendo um pagamento do fornecedor pela prestação de serviços e aquisição de créditos, da importância relativa à sua percentagem.

De posse dos documentos entregues pelo fornecedor, o emissor os cobra dos titulares, de acordo e no modo convencionado no contrato firmado entre os dois. Destaque-se que o titular não pagará nenhuma importância além do estrito valor de suas compras, pois ao titular não cabe remunerar o emissor, a não ser com o pagamento da taxa de admissão ao sistema, no momento do fornecimento do cartão, com renovação anual, nos termos do contrato.

Esse o mecanismo de funcionamento dos cartões de crédito desde o momento de sua concessão até a liquidação dos débitos decorrentes da utilização do mesmo. Esse mecanismo dá lugar ao aparecimento de vários contratos, criando obrigações diversas, como teremos ocasião de ver.

459. Espécies de cartões de crédito – Os cartões de crédito são de duas espécies diferentes, se bem que uma delas seja de uso limitado. Essas espécies se caracterizam pelo modo como os serviços são prestados aos beneficiários.

a) Cartões de credenciamento

Em primeiro lugar, temos os chamados *cartões de credenciamento* ou *cartões de bom pagador*, que são aqueles emitidos por uma empresa *em favor dos seus próprios clientes*, dando-lhes a possibilidade de adquirir bens ou serviços para um pagamento posterior. De fato, dentre os clientes de uma empresa alguns se destacam pela sua correção no cumprimento das obrigações, pela regularidade com que utilizam o mesmo estabelecimento etc. Foi pensando em conservar esses fregueses e facilitar-lhes as aquisições que as empresas começaram a emitir cartões os credenciando a adquirir certos bens para pagamento posterior. Tais cartões receberam o nome de *cartões de credenciamento* ou *de bom pagador* (“*retail-cards*”) e a sua simples exibição evita que seja feito um cadastro do freguês, discutidas as condições do pagamento etc.

Os *cartões de credenciamento* não são considerados verdadeiros cartões de crédito, tais como os utilizados hoje em larga escala no comércio. No mecanismo de utilização existem apenas dois elementos, o emissor, que é também o vendedor, e o beneficiário. As operações que se realizam com a interferência desses cartões são simples vendas a prazo ou a crédito, sendo o emissor o credor do comprador em virtude dessa venda. O cartão só pode ser utilizado nos estabelecimentos do vendedor e as relações jurídicas entre as partes se reduzem a uma venda a termo.

Essa espécie de cartões foi utilizada inicialmente pelas empresas distribuidoras dos subprodutos do petróleo, passando posteriormente para as cadeias de hotéis e para as lojas de departamentos, que contam com um número incalculável

de fregueses. Ainda hoje são os cartões de credenciamento usados em grandes lojas, tanto nos Estados Unidos como na Europa. No Brasil, nos últimos tempos, os cartões de credenciamento têm se multiplicado, sendo centenas de empresas que os distribuem a clientes selecionados, dando-lhes o nome de “cartões de crédito”. Mas o seu emprego, como se vê, é restrito a essas lojas, pois somente nelas pode o cliente se beneficiar do crédito.

Como nos cartões de credenciamento existe, na realidade, uma *venda a prazo*, sendo o emissor o próprio vendedor, pode o comprador oferecer ao vendedor as exceções que tiver, sendo admitidos os meios comuns de extinção das obrigações, como a compensação, se os elementos dessas existirem por ocasião do pagamento. A operação realizada entre o emissor e o titular é uma simples operação de crédito pessoal, como, aliás, em todos os contratos a prazo.

b) Cartões de crédito verdadeiros ou *stricto sensu*

Ao lado dos *cartões de credenciamento*, existem os verdadeiros cartões de crédito, ou *cartões de crédito stricto sensu*, na classificação de Chabrier.⁶ Esses são cartões que dão aos seus titulares a faculdade de adquirir bens ou serviços nos mais diversos estabelecimentos filiados ao sistema. É verdade que o uso desses cartões também é limitado, pois os seus portadores só podem adquirir bens ou serviços nos estabelecimentos que integram um sistema na qualidade de filiados ao mesmo. Mas é indiscutível que o número de estabelecimentos filiados é muitas vezes superior aos departamentos ou filiais de uma grande loja. A diversidade de mercadorias oferecidas ou de serviços que podem ser prestados é bem maior do que as oferecidas pelas lojas de departamentos. Em alguns sistemas de cartões de crédito o titular do cartão pode, inclusive, retirar dinheiro de estabelecimentos bancários, o que não ocorre com os cartões de credenciamento.

No mecanismo dos verdadeiros cartões de crédito aparecem três elementos, o *titular*, o *fornecedor* e o *organismo emissor*. Na emissão e uso dos cartões há também a utilização do crédito por parte do titular, mas com a participação de um intermediário, o organismo emissor. Na verdade, esse é que abre o crédito ao titular, não o vendedor. É assim se verifica uma alteração substancial nas relações jurídicas oriundas do uso do cartão. Desse modo, o comprador (*titular*), que normalmente deveria pagar ao vendedor (*fornecedor*) deve fazer esse pagamento ao terceiro intermediário, o *emissor*. Por sua vez, o *vendedor não tem ação contra o comprador*, pois, ao ser realizada a operação de venda, o *fornecedor passa a ser credor do emissor* e não do comprador. A operação funciona assim como se fosse, em relação ao comprador, uma compra à vista. Essa solução foi aceita integralmente por Ricaurte,⁷ mas deve ser entendida em termos: na realidade trata-se de uma *venda a prazo*, já que o pagamento não é feito concomitantemente com a aquisição; apenas, por convenção entre as partes, o pagamento deve ser realizado a um terceiro, o emissor, ficando liberado o comprador perante o vendedor. Fica ele

6 Ob. cit., p. 11.

7 ¹¹ Ob. cit., p. 92.

liberado porque, na realidade, o emissor não pagará ao vendedor como mandatário do comprador, ou seja, por ordem desse, quando ficaria o comprador a responder perante o vendedor pelos atos praticados pelo emissor, segundo a regra de que o mandante responde pelos atos do mandatário; se assim fosse, não pagando o emissor o comprador teria que pagar ao vendedor, o que não ocorre nos cartões de crédito. Vê-se, assim, que a figura do emissor-intermediário dá uma nova configuração jurídica aos atos praticados pelo titular e pelo vendedor, configuração jurídica essa que tem a sua base nos contratos firmados entre o titular e o emissor e entre o emissor e o fornecedor.

O processo de utilização dos cartões de crédito verdadeiros também difere do empregado nos cartões de credenciamento. O titular-comprador tem à sua disposição grande número de fornecedores-vendedores, podendo, assim, escolher qualquer deles para realizar suas compras. Esses fornecedores não podem recusar a venda aos portadores dos cartões nem alterar os preços das mercadorias vendidas. Apenas será admitida a recusa em casos de uso irregular do cartão (vencimento do prazo de utilização) ou quando é ultrapassado o limite do crédito fixado pelo emissor. Naturalmente, o fornecedor responde perante o comprador pelos vícios da coisa; só terá, entretanto, ação contra esse quando o cartão for utilizado irregularmente.

Os cartões de crédito *stricto sensu* são, como antes esclarecido, os mais utilizados, e constituem eles o método revolucionário posto em prática pelos comerciantes para facilitar suas transações comerciais. Podem ser eles emitidos por organismos que não contam com a participação de estabelecimentos bancários ou por outros que contam com essa participação. Desse modo, duas são as modalidades dos cartões de crédito verdadeiros: os *cartões de crédito não bancários* e os *cartões de crédito bancários*.

I – Cartões de crédito não bancários

Dentro do conceito de que os cartões de crédito *stricto sensu* são um método novo de negociação, utilizado pelos empresários para ativar as compras, os cartões de crédito *não bancários* foram os primeiros a surgir. São eles emitidos por organismos não bancários que, com recursos próprios, assumem a posição de intermediários entre compradores e vendedores. Nessa modalidade de cartões, a empresa emissora responde com seus recursos privados pelas despesas efetuadas pelos portadores dos cartões junto aos fornecedores.

Como nos cartões de crédito verdadeiros, três são os elementos que compõem um sistema de cartões de crédito *não bancários*; a organização emissora, os titulares dos cartões e os fornecedores. A emissão dos cartões resulta de contrato firmado entre a organização emissora e os titulares; para garantir o fornecimento de bem ou serviços a organização emissora faz contratos (*contratos de filiação*) com empresas, profissionais liberais etc., para que aceitem os cartões, ficando o pagamento das dívidas contraídas pelos titulares por conta da emissora.

São esses contratos a base do sistema de cartões de crédito e é o conjunto deles que dá unidade ao sistema. Necessário será, assim, estudar-se essas relações contratuais para se entender o mecanismo do sistema.

a) *Relações entre o emissor e o titular*

Para ser admitido como beneficiário em um sistema de cartões de crédito o titular faz um contrato com o emissor, na base do qual se utilizará do cartão. De acordo com esse contrato, o *emissor credencia o titular a utilizar o cartão* e se compromete a pagar as dívidas contraídas sem nenhum ônus para o portador. Este deve, em regra, pagar uma certa importância anual ao emissor pelo credenciamento que este lhe faz; esse pagamento é uma contraprestação pelos serviços prestados pelo emissor do beneficiário.

Uma certa importância é fixada como limite do crédito a ser usado pelo titular; este, naturalmente, só terá suas despesas pagas pelo emissor se feitas dentro desse limite. Ultrapassando-o pode, inclusive, o fornecedor recusar o cartão, por fugir esse à norma contratual, já que tal limite é comunicado ao fornecedor.

Esse o contrato firmado entre o titular e o emissor. Por ele se verifica que o emissor abre um crédito pessoal ao titular, crédito esse que deve ser utilizado por intermédio dos fornecedores. Ao contrário do pensamento de alguns autores que trataram do assunto,⁸ não julgamos que haja um mandato do titular ao emissor para que pague, por conta do primeiro, as despesas por esse efetuadas junto aos fornecedores. Se assim fosse, não efetuando o emissor-mandatário o pagamento, poderia o fornecedor-vendedor voltar-se contra o titular para ele reaver o valor das vendas feitas ou serviços prestados. Assim, entretanto, não acontece: recusando-se o emissor a pagar as importâncias das vendas, o fornecedor tem ação contra ele, a não ser, como ficou dito, que o cartão tenha sido utilizado com fraude ou irregularmente. Por isso foi dito, antes, que ao assinar a nota de venda o titular fica liberado perante o vendedor; será ele *devedor do emissor*, o único, assim, que pode exigir-lhe o pagamento.

A obrigação do pagamento pelo emissor é, assim, uma decorrência do contrato firmado entre esse e o titular; mas para que tal aconteça é necessário que o vendedor concorde que as dívidas feitas pelos portadores de cartões de crédito sejam pagas não pelos compradores, mas pelos emissores. Isso redundaria em uma transferência do crédito do vendedor ao emissor, já que esse crédito contra o comprador continua a existir mesmo depois do pagamento ao vendedor pelo emissor, uma vez que o comprador não cumpriu ainda a sua obrigação de pagar. Haverá, então, dentro do mecanismo da utilização dos cartões de crédito, uma abertura de crédito, por parte do emissor, ao titular, uma venda a prazo do fornecedor ao comprador, a transferência desse crédito por parte do vendedor ao emissor e a posterior cobrança e recebimento da dívida pelo emissor ao comprador. Nesse mecanismo todo, destaca-se a transferência do crédito do fornecedor ao emissor. Apesar de muitas hipóteses terem sido sugeridas para qualificar essa transferência, julgamos que se trata de uma cessão de crédito.

8 Chabrier, Ricaurte.

Dessa cessão o titular tem ciência, equivalente à notificação exigida pela lei (Código Civil, art. 290) pela cláusula constante do contrato firmado entre ele e o emissor, segundo a qual o pagamento das despesas deve ser feito não ao vendedor mas ao emissor. Verificando-se a cessão posterior, não há mais necessidade de ser dela notificado o titular para que produza efeito. E desse modo pode o emissor cobrar, em seu próprio nome, do titular, as dívidas que pagou ao fornecedor.

O contrato feito pelo emissor com o titular encerra, assim, uma prestação de serviços (credenciamento junto a vários fornecedores) e uma abertura de crédito, com cláusula de que as despesas dentro dessa abertura de crédito deverão ser feitas junto aos estabelecimentos filiados, ou fornecedores, os quais cederão onerosamente esses créditos ao emissor. Acreditamos que essa conceituação possa sofrer restrições por parte dos estudiosos – e alguns autores já apresentam soluções diferentes, como Ricaurte, que vê nesse contrato uma estipulação a favor de terceiro; a nós nos parece, entretanto, ser a cessão a solução que mais condiz com a natureza do mecanismo dos cartões de crédito.

b) Relações entre o emissor e o fornecedor

Para a aceitação dos cartões de crédito por parte do fornecedor, este firma um contrato com o emissor em que são reguladas as obrigações de ambas as partes. O fornecedor se obriga a aceitar os cartões, sem acréscimo de despesas dos produtos a serem vendidos, dando quitação ao comprador quando este assina a nota de venda; o emissor se obriga a pagar as despesas feitas por meio dos cartões, devendo o fornecedor ceder-lhe os créditos para que haja tal pagamento. Assim, o fornecedor fica com o direito de cobrar do emissor as despesas feitas com os cartões. Para que haja a cessão, o fornecedor se obriga a pagar ao emissor uma comissão sobre o montante dos créditos cedidos (essa comissão varia de 5 a 10% do total das despesas feitas pelos titulares), considerando-se que essa comissão se refere também ao encaminhamento de fregueses ao fornecedor. Outras obrigações de menor monta são assumidas pelo fornecedor: a de manter, em seu estabelecimento, cartazes ou distintivos do sistema, para esclarecimento dos portadores de cartões, a de comunicar-se imediatamente com o emissor quando uma despesa é feita por importância superior ao limite fixado pelo emissor, a de verificar a autenticidade da assinatura do comprador, que deve coincidir com a do cartão etc.

Por sua vez, o emissor se obriga a pagar as importâncias relativas às aquisições dos titulares, contra as notas de venda assinadas, respondendo pelos riscos quanto ao recebimento, o que significa que não fica o seu pagamento ao fornecedor dependente do recebimento das contas do titular. Além disso, fixa o emissor o limite do crédito que pode ser utilizado pelo portador, não se responsabilizando por qualquer importância superior a esse limite. Fixa, igualmente, o valor das comissões que lhe serão pagas pelo fornecedor e a modalidade de como deve ser feito o pagamento das contas deste.

O contrato entre o emissor e o fornecedor contém, preliminarmente, uma prestação de serviços pelo fato de serem agenciados para o fornecedor compradores diversos dos que geralmente possui.

No nosso entender, a obrigação do emissor de pagar as dívidas dos titulares, correndo o risco pelo não reembolso, é uma decorrência da cessão de crédito que prometeu aceitar em relação às despesas dos seus credenciados. É por essa razão que, ao agir o emissor contra o titular, na cobrança das despesas, não o faz em nome do fornecedor, mas em nome próprio, como verdadeiro e único credor que é. Das várias hipóteses apresentadas para justificar o pagamento antecipado pelo emissor e o seu direito de cobrar do titular – mobilização de crédito, mandato, comissão, sub-rogação convencional, seguro de crédito, convenção *del-credere* etc.⁹ parece-nos que a que mais se ajusta à espécie é a de originarem-se essa obrigação e esse direito de garantia, dada ao fornecedor pelo emissor, da aquisição dos créditos que o fornecedor tem contra os compradores. Essa garantia na verdade constitui uma promessa de aquisição de créditos futuros,¹⁰ que permite ao fornecedor demandar o emissor caso esse recuse o pagamento, e se concretiza quando, contra o pagamento, são cedidos pelo fornecedor os créditos relativos às despesas dos titulares.

c) Relações entre o titular e o fornecedor

As relações entre o titular e o fornecedor são as de uma compra ou prestação de serviços em que o pagamento do preço será feito por terceiro determinado, no caso o emissor. Por tal razão o fornecedor dá quitação ao titular, já que a determinação, para o terceiro efetuar o pagamento, é irrevogável, e como tal foi expressamente aceita pelo vendedor. Responde, entretanto, o vendedor, perante o comprador, pelos vícios da coisa; e terá contra ele se, na aquisição dos bens, houve fraude por parte do titular, como, por exemplo, se ultrapassou enganosamente o limite do crédito ou usou cartão com o prazo de vigência extinto.

II – Cartões de crédito bancários

Os cartões de crédito não bancários são hoje raros, quase se limitando ao *Diners Club* em certos países. Mas comuns são os cartões de crédito que contam com a colaboração bancária, direta ou indiretamente. A tendência que se nota é de virem a ser, em futuro próximo, os cartões de crédito emitidos apenas por instituições financeiras, agindo essas direta ou indiretamente (como, por exemplo, criando uma sociedade ou associação para administrar a emissão dos cartões, sendo as operações com esses realizadas ligadas, contudo, às instituições financeiras).

O que caracteriza os cartões de crédito *bancários* é o fato de participarem do organismo emissor instituições bancárias. Essa participação, como se disse, pode ser direta ou indireta, isto é, um banco ou um grupo de bancos pode ser o emissor dos cartões de crédito, ou criar uma sociedade ou associação para administrar a emissão desses cartões, devendo, entretanto, as operações feitas por meio dos cartões estar ligadas aos bancos, incluindo-se, assim, como operações bancárias.

9 V. em Chabrier a análise dessas hipóteses, ob. cit., pp. 74 e segs.

10 Cf. Von Thur – Tratado de las Obligaciones, Madri, Ed. Reus, 1934, vol. II, pp. 292 e segs.

460. Elementos do sistema. Relações – Os cartões de crédito bancários contam com os mesmos elementos dos cartões de crédito em geral, mas o emissor merece atenção especial. Este, como se disse, é um estabelecimento bancário ou uma sociedade ou associação criada por estabelecimentos bancários. A participação dos estabelecimentos bancários no sistema dá uma característica própria a esse, já que serão realizadas operações bancárias entre os diversos integrantes do sistema.

Como emissor, o banco pode, ele próprio, emitir os cartões. Nesse caso abre um crédito bancário em favor do titular, crédito rotativo que será movimentado através da utilização dos cartões. O mais comum, entretanto, é o banco ou conjunto de bancos formarem uma associação com uma empresa, ou criarem uma subsidiária para administrar os cartões. Em tal caso, a subsidiária agirá como um sistema de cartões de crédito não bancários, o que significa que não cobrará juros pelas importâncias desembolsadas até a data prefixada para o recebimento por parte do titular. Ao chegar essa data, entretanto, abre-se para o titular a opção de ser o saldo de sua conta pago parceladamente. Se assim ocorrer, a sociedade emissora negociará com o banco uma abertura de crédito em favor do titular. Esse passará a obrigar-se a pagar juros ao estabelecimento bancário. Note-se que, nos cartões não bancários, não há essa opção, devendo o titular pagar, na época aprazada, integralmente as dívidas que fez, no mês anterior, com o uso dos cartões de crédito.

Também alteração se verifica nas relações entre o emissor e o fornecedor. O processo de escolha deste é o mesmo do dos cartões de crédito não bancários; entretanto, ao firmar o contrato com o emissor, este abre num estabelecimento bancário (o próprio banco emissor ou algum do grupo) uma conta corrente em favor do fornecedor, sendo nessa conta creditadas todas as importâncias pagas ao fornecedor e debitadas as comissões por esse devidas. Algumas vezes os bancos estipulam um prazo para essa conta corrente ser movimentada, o que dá maior tempo de indisponibilidade das importâncias devidas ao fornecedor.

As relações entre o titular e o fornecedor são as mesmas dos cartões de crédito não bancários. O titular, entretanto, pode pagar diretamente suas dívidas aos bancos ou à sociedade emissora. Essas modalidades de pagamento serão fixadas nos contratos entre o emissor e o titular.

461. Mecanismo dos cartões de crédito bancários – Nos cartões de crédito bancários há duas hipóteses a encarar: o banco ou grupo de bancos cria uma sociedade para administrar os cartões ou a emissão desses é feita diretamente pelo banco ou grupo de bancos. No primeiro caso, a sociedade intermediária, ao conceder o cartão de crédito, abre uma conta em favor do beneficiário e, fixado o limite de crédito, pagará ao fornecedor as importâncias relativas às despesas dentro desse limite. Por ocasião da recuperação das despesas pagas pelo titular, pode este convencionar com a sociedade o seu desdobramento, sendo feito o pagamento apenas de parte da dívida (em regra 10%) e o restante ficando para ser pago nos prazos convencionados (comumente esse desdobramento é estipulado no contrato entre o titular e a sociedade emissora, de modo a funcionar automaticamente). Como a sociedade emissora não é estabelecimento bancário, não podendo, assim,

realizar operações privativas dos bancos, fica ela autorizada pelo titular (cláusula que consta do contrato entre o titular e o emissor) a contratar com um estabelecimento bancário uma abertura de crédito no montante do saldo a ser desdobrado, agindo a sociedade emissora em nome do titular, mas se coobrigando pelo pagamento das importâncias fornecidas com a abertura de crédito. Geralmente, para que tal aconteça, a sociedade emissora fica autorizada pelo titular a, em nome deste, emitir títulos de crédito correspondente aos saldos. Assim sendo, uma vez aberto o crédito, fica o titular a dever ao banco, sujeito, portanto, ao pagamento de juros e comissões exigidos por esse; o pagamento, entretanto, se faz por intermédio da sociedade emissora dos cartões que em regra designa os estabelecimentos bancários (pertencentes ao grupo que formou a sociedade) encarregados de fazer os recebimentos.

A segunda hipótese é aquela em que o próprio banco emite os cartões de crédito. Em tal caso abre o banco uma conta corrente em favor do titular, estabelecendo que só cobrará juros havendo o desdobramento das despesas. O titular autoriza ao banco lançar, em sua conta corrente, as despesas feitas. Algumas vezes o banco exige que o titular tenha em alguma de suas filiais uma conta de poupança, diversa da resultante da abertura de crédito, com a autorização do titular ao banco para que este lance na conta particular as despesas por ele feitas.

Nos cartões de crédito bancários pode ser estabelecido que os bancos poderão fornecer aos titulares importâncias em dinheiro para serem levadas a débito na conta decorrente da abertura de crédito. Essas importâncias só podem ser adiantadas pelo banco, suas sucursais ou agências bancárias autorizadas pelos bancos credidores. Os empresários filiados a esse sistema não poderão, de modo algum, adiantar dinheiro aos titulares, pois se assim o fizerem estarão realizando um mútuo, que é operação privativa dos bancos.

462. Natureza dos cartões de crédito bancários – Nos cartões de crédito bancários há uma abertura de crédito bancário – isto é, uma promessa de empréstimo em dinheiro – aos titulares dos cartões. Essa abertura de crédito se faz, ou definitivamente, quando é o próprio banco o emissor do cartão, ou, havendo uma sociedade emissora intermediária, quando essa faz o desdobramento da dívida e contrata com o banco, em nome do titular, uma abertura de crédito.

Diz-se comumente que, ao ser aberto o crédito, o titular autoriza o banco a pagar aos fornecedores, por sua conta, as dívidas que fizer junto aos fornecedores; haverá, assim, junto à abertura de crédito um contrato de mandato, em que o banco figura como mandatário. Preferimos, entretanto, ver nessa autorização uma condição estipulada na abertura de crédito, quanto à maneira de utilização desse crédito. Essa solução tem a vantagem de mostrar que o emissor não paga como mandatário do titular, e sim por obrigação própria. Se pagasse como mandatário, recusando o pagamento, o fornecedor teria ação contra o titular; assim, entretanto, não acontece, pois jamais o vendedor pode agir contra o comprador a não ser, como antes foi assinalado, no uso indevido do cartão.

Assim sendo, quando o titular contrata com o emissor está firmando uma abertura de crédito; isso se dá ainda mesmo quando é uma sociedade intermediária que fornece o cartão, pois essa fica autorizada a contratar com um banco, em nome do titular, uma abertura de crédito para cobrir o desdobramento das despesas, quando essas são pagas parceladamente. Trata-se de um crédito rotativo, que se recompõe à proporção e na medida em que são pagas as parcelas pelo titular. No tocante às relações entre o emissor e o fornecedor, há aí uma prestação de serviços, pelo angariamento de fregueses feito pelo emissor em favor do fornecedor e uma promessa de cessão de crédito, aceita pelo emissor. A responsabilidade do pagamento do emissor ao fornecedor e os riscos que sofre o emissor pelo não recebimento das importâncias do titular, bem como o fato de agir o emissor contra o titular em nome próprio – não como mandatário do fornecedor –, tudo isso é decorrente do contrato de abertura de crédito ao titular, com as condições de serem pagas pelo emissor as dívidas deste, que serão cedidas ao emissor quando do pagamento feito por ele ao fornecedor.

463. Extinção do contrato – O contrato de cartões de crédito é sempre feito por prazo *determinado*, renovável periodicamente, e assim se extingue quando atingido esse prazo e não renovado. Pode, porém, extinguir-se, antecipadamente, pela vontade unilateral de cada uma das partes, sem necessidade de justificação. O emissor pode, ainda, cancelar o cartão, dando por findo o contrato, se forem violadas cláusulas contratuais, como, por exemplo, quando o cartão é usado indevidamente e quando o titular não paga, na época convencionada, as despesas feitas.

464. Cartões de crédito e prestação de serviços – Os cartões de crédito implicam uma prestação de serviços, não só ao titular, pelo credenciamento que faz o emissor facultando a utilização do sistema especial de pagamento com a simples apresentação do cartão, como também ao fornecedor, pelo agenciamento de fregueses em favor desse. Em tal caso, a emissão dos cartões de crédito fica sujeita ao pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza, e nesse sentido bem decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 75.952-S. Paulo, em que reconhece dever a sociedade emissora pagar o imposto sobre serviços.

465. Os cartões de crédito como fatores da inflação – Alguns autores apreciam o lado econômico dos cartões de crédito, considerando-os como fatores inflacionários, enquanto outros não os reconhecem como tais. Não há dúvidas de que os cartões de crédito podem constituir elementos capazes de aumentar a inflação. Deve-se isso à facilidade que têm os titulares de fazer aquisições com os cartões, muitas vezes comprando coisas inteiramente desnecessárias, apenas levados pela maneira suave dos pagamentos, principalmente quando se trata de cartões de crédito bancários, em que há desdobramento da dívida.

466. Regulamentação legal dos cartões de crédito – No Brasil ainda não se legislou sobre os cartões de crédito e a jurisprudência pouco se manifestou a respeito, destacando-se entre as decisões dos tribunais a do Tribunal de Justiça de

S. Paulo, no Recurso Extraordinário nº 75.592. Algumas outras decisões foram proferidas pelos Tribunais de Justiça do Paraná e do Rio de Janeiro, bem como pelo Supremo Tribunal, conforme se vê do citado livro *Cartões de Crédito*, do Professor Fausto Pereira de Lacerda Filho, pp. 143 e segs.

Em 1973, o Deputado Faria Lima apresentou à Câmara um projeto de regulamentação dos cartões de crédito (Projeto nº 1.754/74) visando, sobretudo, tornar obrigatória a instituição, pelo organismo emissor, de um seguro de garantia para os possuidores dos cartões de crédito. O projeto não entra em maiores detalhes sobre o cartão.

Em 1975, o Instituto dos Advogados Brasileiros elaborou um anteprojeto de lei sobre os cartões de crédito, a ser encaminhado ao Ministério da Justiça. Nesse anteprojeto, de autoria dos juristas J. M. Othon Sidou (relator), Célio Sales Barbieri e Samuel Malamud, os cartões de crédito são regulados de modo detalhado, sendo postas em destaque algumas de suas características. No nosso entender, peca o anteprojeto por se referir apenas aos cartões de crédito bancários, donde ficarem as empresas emissoras sujeitas à fiscalização do Banco Central. Na realidade, se bem que hoje a tendência seja para serem emitidos apenas cartões de crédito bancários, não podemos negar a existência de cartões de crédito não bancários nem deixar de reconhecer a possibilidade de serem criados cartões de tais modalidades. O anteprojeto, entretanto, respeita o direito adquirido das empresas que atualmente emitem cartões de crédito não bancários.

467. Cartão de crédito internacional – Seguindo a orientação hoje vigente em quase todos os países que utilizam os cartões de crédito, o Brasil também admitiu o *cartão de crédito internacional*. Isso significa que, com o cartão brasileiro, o seu proprietário poderá adquirir bens ou serviços no exterior, não havendo necessidade, assim, de dispor no momento de dinheiro em espécie do país em que faz as despesas.

O processo de funcionamento do cartão de crédito internacional é semelhante ao funcionamento do cartão de crédito no próprio país. O proprietário do cartão faz as despesas em estabelecimento que opera nesse sistema. Esse extrai a nota de venda em duas vias, ficando o cliente com uma e o estabelecimento com outra. Dentro do prazo de vencimento (em regra 30 dias) o fornecedor dos bens transmite a via comprovante das despesas ao sistema em que é filiado, recebendo desta a importância da aquisição. A empresa credora remete a nota a sua congênera brasileira e esta cobra do adquirente a importância da mesma nota, transformando em moeda brasileira ao câmbio do dia do pagamento.

Assim, o cartão de crédito internacional supre a moeda do país em que a despesa é feita, facilitando grandemente o portador do cartão que, para viajar não necessita mais de carregar consigo dinheiro em espécie de país visitado.

Note-se, porém, que o Governo limita o total que pode ser gasto pelo portador do cartão quando este é usado no exterior.

APÊNDICE

LEI Nº 7.132, DE 26.10.1983

Altera a Lei nº 6.099, de 12.09.1974, que "dispõe sobre o tratamento tributário de arrendamento mercantil, e dá outras providências", e o Decreto-Lei nº 1.811, de 27.10.1980.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 6.099, de 12.09.1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I – dê-se nova redação ao parágrafo único do art. 1º:

“Art. 1º

Parágrafo único. Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatário, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta;”

II – acrescente-se parágrafo único ao art. 5º:

“Art. 5º

- a)
- b)
- c)
- d)

Parágrafo único. Poderá o Conselho Monetário Nacional, nas operações que venha a definir, estabelecer que as contraprestações sejam estipuladas por períodos superiores aos previstos na alínea *b* deste artigo;”

III – dê-se nova redação aos arts. 9º, 16 e 17, ao *caput* do art. 18 e à alínea *a* do art. 23:

“Art. 9º As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2º desta Lei, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, que estabelecerá as condições para a realização das operações previstas neste artigo.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, o prejuízo decorrente da venda do bem não será dedutível na determinação do lucro real.

Art. 16. Os contratos de arrendamento mercantil celebrado com entidades domiciliadas no exterior serão submetidos a registro no Banco Central do Brasil.

§ 1º O Conselho Monetário Nacional estabelecerá as normas para a concessão do registro a que se refere este artigo, observando as seguintes condições:

- a) razoabilidade da contraprestação e de sua composição;
- b) critérios para fixação do prazo de vida útil do bem;
- c) compatibilidade do prazo de arrendamento do bem com sua vida útil;
- d) relação entre o preço internacional do bem e o custo total do arrendamento;
- e) cláusula de opção de compra ou renovação do contrato;
- f) outras cautelas ditadas pela política econômico-financeira nacional.

§ 2º Mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil, segundo normas para este fim expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, os bens objeto das operações de que trata este artigo poderão ser arrendados a sociedades arrendadoras domiciliadas no País, para o fim de subarrendamento.

§ 3º Estender-se-ão ao subarrendamento as normas aplicáveis aos contratos de arrendamento mercantil celebrados com entidades domiciliadas no exterior.

§ 4º No subarrendamento poderá haver vínculo de coligação ou de interdependência entre a entidade domiciliada no exterior e a sociedade arrendatária subarrendadora, domiciliada no País.

§ 5º Mediante as condições que estabelecer, o Conselho Monetário Nacional poderá autorizar o registro de contratos sem cláusula de opção de compra, bem como fixar prazos mínimos para as operações previstas neste artigo.

Art. 17. A entrada no território nacional dos bens, objeto de arrendamento mercantil, contratados com entidades arrendadoras domiciliadas no exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata o Decreto-Lei nº 37, de 18.11.1966, e se sujeitará a todas as normas legais que regem a importação.

Art. 18. A base de cálculo, para efeito de Imposto sobre Produtos Industrializados, do fato gerador que ocorrer por ocasião da remessa de bens importados ao estabelecimento da empresa arrendatária, corresponderá ao preço atacado desse bem na praça em que a empresa arrendadora estiver domiciliada.

§ 1º

§ 2º

Art. 23.

a) expedir normas que visem a estabelecer mecanismos reguladores das atividades previstas nesta Lei, inclusive excluir modalidades de operações do tratamento nela previsto e limitar ou proibir sua prática por determinadas categorias de pessoas físicas ou jurídicas;

b)

Art. 2º O atual art. 24 fica remunerado para art. 25, passando a figurar como art. 24 o seguinte:

“Art. 24. A cessão do contrato de arrendamento mercantil à entidade domiciliada no exterior reger-se-á pelo disposto nesta Lei e dependerá de prévia autorização do Banco Central do Brasil, conforme normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Parágrafo único. Observado o disposto neste artigo, poderão ser transferidos, exclusiva e independentemente da cessão do contrato, os direitos de crédito às contraprestações devidas.”

Art. 3º O *caput* do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.811, de 27.10.1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º O Conselho Monetário Nacional poderá, para cada tipo de operação que venha a definir, reduzir até zero, ou restabelecer, total ou parcialmente, a alíquota de imposto de renda incidente na fonte sobre o valor das remessas para o exterior, quando decorrentes de contratos de arrendamento mercantil de bens de capital celebrados com entidades domiciliadas no exterior.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 26.10.1983; 162º da Independência e 95º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Ernane Galvês

Delfim Netto

João Camilo Penna

(DOU de 27.10.1983)

LEI Nº 8.420, DE 08.05.1992

Representantes comerciais autônomos – Atividades – Lei nº 4.886/65 – Alterações
*Introduz alterações na Lei nº 4.886, de 09.12.1965, que regula as atividades dos
representantes comerciais autônomos.*

O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 4.886, de 09.12.1965, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 24. As Diretorias dos Conselhos Regionais prestarão contas da sua gestão ao próprio Conselho, até o dia 15 de fevereiro de cada ano.

Art. 25. Os Conselhos Regionais prestarão contas até o último dia do mês de fevereiro de cada ano ao Conselho Federal.

Parágrafo único. A Diretoria do Conselho Federal prestará contas ao respectivo plenário até o último dia do mês de março de cada ano.

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente:

- a)
- b)
- c)
- d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação;
- e)
- f)
- g)
- h)
- i)

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual.

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado.

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.

Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros.

Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos.

Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas.

§ 1º O pagamento das comissões deverá ser efetuado até o dia 15 do mês subsequente ao da liquidação da fatura, acompanhada das respectivas cópias das notas fiscais.

§ 2º As comissões pagas fora do prazo previsto no parágrafo anterior deverão ser corrigidas monetariamente.

§ 3º É facultado ao representante comercial emitir títulos de crédito para cobrança de comissões.

§ 4º As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias.

§ 5º Em caso de rescisão injusta do contrato por parte do representando, a eventual retribuição pendente, gerada por pedidos em carteira ou em fase de execução e recebimento, terá vencimento na data da rescisão.

§ 6º (VETADO)

§ 7º São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência.

Art. 33.

§ 1º

§ 2º

§ 3º Os valores das comissões para efeito tanto do pré-aviso como da indenização, prevista nesta Lei, deverão ser corrigidos monetariamente.

Art. 39. Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas.”

Art. 2º Acrescentem-se os seguintes artigos, que passarão a ter os nºs 41, 42, 43, 44, 45, 46 e 47, com a seguinte redação:

“Art. 41. Ressalvada expressa vedação contratual, o representante comercial poderá exercer sua atividade para mais de uma empresa e empregá-la em outros mistérios ou ramos de negócios.

Art. 42. Observadas as disposições constantes do artigo anterior, é facultado ao representante contratar com outros representantes comerciais a execução dos serviços relacionados com a representação.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o pagamento das comissões a representante comercial contratado dependerá da liquidação da conta de comissão devida pelo representando ao representante contratante.

§ 2º Ao representante contratado, no caso de rescisão de representação, será devida pelo representante contratante a participação no que houver recebido da representada a título de indenização e aviso prévio, proporcionalmente às retribuições auferidas pelo representante contratado na vigência do contrato.

§ 3º Se o contrato referido no *caput* deste artigo for rescindido sem motivo justo pelo representante contratante, o representante contratado fará jus ao aviso prévio e indenização na forma da Lei.

§ 4º Os prazos de que trata o art. 33 desta Lei são aumentados em 10 dias quando se tratar de contrato realizado entre representantes comerciais.

Art. 43. É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*.

Art. 44. No caso de falência do representado as importâncias por ele devidas ao representante comercial, relacionadas com a representação, inclusive comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio, serão consideradas créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos por esta lei.

Art. 45. Não constitui motivo justo para rescisão do contrato de representação comercial o impedimento temporário do representante comercial que estiver em gozo do benefício de auxílio-doença concedido pela Previdência Social.

Art. 46. Os valores a que se referem a alínea *f* do art. 27, o § 5º do art. 32 e o art. 34 desta Lei serão corrigidos monetariamente com base na variação dos BTN's ou por outro indexador que venha a substituí-los e legislação ulterior aplicável à matéria.

Art. 47. Compete ao Conselho Federal dos Representantes Comerciais fiscalizar a execução da presente Lei.

Parágrafo único. Em caso de inobservância das prescrições legais, caberá intervenção do Conselho Federal nos Conselhos Regionais, por decisão da Diretoria do primeiro *ad referendum* da reunião plenária, assegurado, em qualquer caso, o direito de defesa. A intervenção cessará quando do cumprimento da Lei."

Art. 3º São suprimidos o parágrafo único do art. 10, o parágrafo único do art. 17 e o art. 41 da Lei nº 4.886, de 09.12.1965.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 08.05.1992; 171º da Independência e 104º da República.

Fernando Collor
Marcílio Marques Moreira
João Mellão Neto
(DOU de 11.05.1992)

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

(Os números se referem aos parágrafos.)

A

- Abertura de crédito* – 390
- Abono e fiança* – 262
- Abstenção* – 8
- Agência (contrato de)* – 211
- Agente fiduciário dos debenturistas* – 258
- Alienação fiduciária em garantia*
 - No direito brasileiro – 147
 - Instrumento. Requisitos – 148
 - Direitos do credor – 149
 - Utilidade e aplicação do contrato – 150
- Antecipação bancária* – 301
- Apólice de seguro* – 308
- Armazéns de depósito*
 - Conceito – 342
 - Constituição – 343
 - Peculiaridades – 344
 - Prova e prazo dos depósitos – 345
 - Livros especiais – 346
 - Direitos e obrigações dos armazéns e dos depositantes – 347
 - Fiscalização – 348
 - Conhecimento de depósito e *warrant* – 349
 - Função do conhecimento de depósito – 350
 - Função do conhecimento de depósito e do *warrant* unidos – 352
 - Função do *warrant* – 351
 - Emissão do conhecimento de depósito e do *warrant* por entidades que não armazéns-gerais – 353

Arrendamento mercantil

- Noção – 401
- Denominação – 402
- Histórico – 403
- Sistema legal – 404
- *Leasing* financeiro – 405, a
- *Lease-back* ou *leasing* de retorno – 405, b
- *Leasing* operacional. *Renting* – 406
- Categorias de *leasing*: *leasing* mobiliário ou de equipamento e *leasing* imobiliário – 407
- *Leasing* como operação financeira – 408
- Constituição do *leasing* – 409
- Partes contratantes – 410
- Natureza jurídica – 411
- Classificação – 412
- Obrigações do arrendador e do arrendatário – 413
- Extinção do arrendamento mercantil – 414
- Regulamentação do arrendamento mercantil – 414-A

Assinatura (contrato de) – 122

Assistência técnica e know-how – 447

B

Bagagem do passageiro – 183

Bagagem (nota de) – 185

Bancos

- Conceito – 368
- Função econômica – 369
- Histórico – 370
- Reforma bancária. Criação do Banco Central – 371

- Banco Central – 371, a
- Banco do Brasil – 371, b
- Sistema legal – 372
- Bancos de emissão – 373, a
- Bancos de depósito – 373, b
- Bancos de crédito móvel – 373, c
- Bancos de comércio exterior – 373, d
- Bancos agrícolas – 373, e
- Bancos de crédito real – 373, f
- Bancos de crédito industrial – 373, g
- Bancos e casas bancárias – 374
- Bancos e caixas econômicas – 375
- Bancos e cooperativas de crédito – 376
- Organização dos bancos – 377
- Liquidação extrajudicial dos bancos – 378
- Intervenção – 378
- Garantias legais aos interesses de terceiros – 379
- Operações bancárias – 380
- Operações passivas e ativas – 381
- Operações passivas. Características – 382
- Depósito pecuniário – 383
- Emissão de notas bancárias – 384
- Redesconto – 385
- Operações ativas. Características – 386
- Empréstimos – 387
- Descontos – 388
- Antecipações – 389
- Aberturas de crédito – 390
- Cartas de crédito – 391
- Comércio bancário – 392
- Operações de câmbio – 393
- *Del credere* bancário – 394
- Compra de metais preciosos – 395
- Cobrança e transferência – 396
- Compra e venda de valores móveis – 397
- Depósito em custódia e serviços de cofres individuais – 398
- Financiamento – 399
- Cheques garantidos – 400
- Benefícios de ordem* – 264
- Bilhete de seguro* – 309
- C**
- Caixas econômicas* – 375
- Capitalização e seguro* – 317
- Cartas de crédito* – 391
- Cartas missivas* – 52
- Cartões de crédito*
 - Noção – 455
 - Elementos dos sistemas – 456
 - Emissor – 457
 - Titular – 458
 - Fornecedor – 458
 - Emissão – 458
 - Utilização dos cartões de crédito – 458
 - Espécies – 459
 - Cartões de credenciamento – 459, a
 - Cartões de crédito verdadeiros ou *stricto sensu* – 459, b
 - Cartões de crédito não bancários – 459, I
 - Cartões de crédito bancários – 459, II
 - Elementos do sistema. Relações – 460
 - Mecanismo dos cartões de crédito bancários – 461
 - Natureza dos cartões de crédito bancários – 462
 - Extinção do contrato – 463
 - Cartões de crédito e prestação de serviços – 464
 - Os cartões de crédito como fatores de inflação – 465
 - Regulamentação legal dos cartões de crédito – 466
 - Cartões de crédito internacional – 467
- Casas bancárias* – 374
- Caução e fiança* – 262
- CIF* (cláusula) – 132, a
- Cláusula de não responsabilidade do transportador* – 176
- Cláusula penal* – 80, b
- Coação* – 99, c
- Cofiadores* – 265
- Comercialidade* (do contrato de transporte) – 161
- Comissão*
 - Na legislação anterior – 226
 - No Código Civil de 2002. Noção – 226-A
 - Comissão e mandato – 227
 - Sistema legal – 228
 - Significação da palavra “comissão” – 229
 - Características – 230
 - Classificação – 231
 - Remuneração do comissário – 232

- Forma e prova do contrato – 233
 - Obrigações do comissário – 234, 235, 236
 - Responsabilidade do comissário – 237
 - Direitos do comissário – 238
 - Obrigações, responsabilidades e direitos do comitente – 239
 - Comissão *del credere* – 240
 - Comissão e contrato de expedição – 241
 - Comissão e representação comercial – 242
 - Comissão e o contrato de representação ou de agência – 243
 - Comissão e contrato de leilão – 244
- Comodato e mútuo* – 246
- Comunhão de interesses entre debenturistas* – 257
- Compensação*
- Espécies – 23
 - Legal – 23, 24
 - Convencional – 23, 26
 - Judicial – 24
 - Na legislação comparada – 25
 - No Código Comercial – 27
- Compra e venda*
- Conceito – 89
 - No Código Comercial – 90
 - No Código Civil – 91
 - Vendas com reserva de domínio – 92
 - Características da compra e venda – 93
 - Histórico – 94
 - Classificação – 95
 - Forma e prova – 96
 - Elementos característicos – 97
 - Capacidade – 98, 101
 - Vícios do consentimento – 99, I
 - Vícios sociais – 99, II
- Coisa* – 102
- Coisa e objeto do contrato – 103
 - Coisas que não podem constituir elementos essenciais da compra e venda mercantil – 104
 - Coisas legalmente inalienáveis – 104
 - Coisas fora do comércio – 104
 - Características das coisas comerciais – 105
 - Espécies de coisas – 106
 - Coisas próprias e alheias – 106, a
 - Coisas atuais ou futuras – 106, b
 - Coisas corpóreas, incorpóreas e incorporadas – 106, c
 - Coisas universais ou universalidades – 106, d
 - Preço – 107
 - Requisitos do preço – 108
 - Fixação do preço – 109
- Modalidades de compra e venda mercantil* – 110, 111
- Venda pura e simples – 112
 - Venda sob amostras – 112
 - Compra e vendas condicionais – 113, 113-A
 - Vendas a contento – 114
 - Vendas de mercadorias em trânsito – 115
 - Retrovenda – 116
 - Pacto comissário – 116
 - Vendas a termo – 117
 - Vendas complexas – 119, 120, 121, 122
 - Vendas públicas – 123
- Obrigações decorrentes do contrato* – 124
- Obrigações do vendedor – 125
 - Tradição – 126
 - Exceções à regra de que a tradição opera a transferência do domínio – 127
 - Formas de tradição – 128
 - Despesas com a tradição – 129
 - Os riscos de coisas e a tradição – 130
 - Modo, lugar e tempo e a tradição – 131
 - Cláusulas relativas ao transporte – 132
 - Caracterização dos vícios ocultos – 133
 - Evicção – 134
 - Denúnciação à lide – 135
 - Emissão da fatura e da duplicata – 136
 - Obrigações do comprador – 137
 - Obrigações de pagar o preço – 138, 139, 140, 141
 - Obrigação de receber a coisa – 144, 145
 - Obrigação de devolver a duplicata – 146
- Compromisso* – 35
- Confusão* – 28
- Confusão e compensação* – 29
- Conhecimento de depósito* – 349, 350, 352
- Conhecimento de transporte* – 165
- Conhecimento não à ordem* – 168-A
- Conta corrente*
- Noção – 355

- O contrato de conta corrente e a conta corrente contábil – 356
- Sistema legal – 357
- A conta corrente na legislação estrangeira – 358
- A conta corrente nos projetos brasileiros de Código Comercial – 350
- Características – 360
- Classificação do contrato – 361
- Forma e prova – 362
- Remessas – 363
- Efeitos de conta corrente – 364
- A cláusula “*salvo embolso*” – 365
- Encerramento de conta – 366
- Extinção do contrato – 367

Contratos

- Como fonte das obrigações – 47
- Conceito – 48
- Peculiaridades dos contratos celebrados no exercício da atividade empresarial – 49
- Prova – 50
- Forma – 51
- Interpretação – 52
- Formação – elementos necessários – 53
- Entre presentes e entre ausentes – 54, 55, 56, 60
- Momento da formação – 57, 58, 59
- Por correspondência – 57, 58, 59
- Propostas para a subscrição de ações ou debêntures – 61
- Contratos de adesão – 62
- Interferência do Estado. Publicização do contrato – 63
- Lugar de conclusão – 64
- Classificação – 65
- Consensuais e reais – 66
- Unilaterais e bilaterais – 67
- Gratuitos e onerosos – 68
- Comutativos e aleatórios – 69
- Solenes e não solenes – 70
- Principais e acessórios – 71
- Instantâneos e de execução continuada – 72
- *Intuitu personae* e impositivos – 73
- Típicos e atípicos – 74
- Extinção – 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82
- Cessação – 82

- Objeto – 106

- Nulidades – 83, 84, 85, 86

- Anulabilidade – 83, 84, 86

- Contratos no Código Comercial – 87

- Método para o estudo dos contratos comerciais – 88

Consentimento do cônjuge na fiança – 269

Consignatário – direitos e obrigações – 177, 177-A

Cooperativas de crédito – 376

Corretagem e expedição – 241

Corretores de seguros – 303

Cosseguro – 313, 314

D

Debêntures – 253, 255

Decadência – 37, 46

“*Del credere*” (comissão) – 240

“*Del credere*” bancário – 394

Denúnciação à lide – 135

Desconto bancário – 389

Depósitos em custódia – 398

Depósito mercantil

- Noção – 318

- Sistema legal – 319

- Características – 320

- Modalidades: depósito civil e depósito mercantil – 321

- Classificação – 322

- Prazo – 323

- Elementos do contrato – 324

- Espécies: depósito voluntário, depósito necessário e depósito judicial – 325

- Depósito voluntário ou convencional – 326

- Depósito regular – 327, 328, 329, 330, 331

- Depósito irregular – 332, 333

- Depósito necessário – 334, 335, 336

- Depósito judicial – 337

- Extinção do contrato – 338

- Depósito em trapiches, armazéns de depósito e entrepostos – 339, 340, 341

- Depósitos em armazéns-gerais – 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348

- Conhecimento de depósito – 349, 350, 351

- *Warrant* – 351, 352, 353

- Salas de vendas – 354

Depósito pecuniário – 383

Direito fiscal e "know-how"

Dolo – 99, b

Duplicata (emissão) – 136

Duplicata (obrigação de devolver) – 146

E

Empresas bancárias – 368

Empréstimos bancários – 387

Empréstimos contraídos mediante emissão de obrigações – 252

Empréstimo e mútuo – 246

Endosso-mandato (no conhecimento) – 167

Endosso-pignoratício (no conhecimento) – 167

Entrega da coisa – 128

Entrepósitos – 339

Erro – 99, a

Escritura pública – 51

Espécies de bancos – 373

Estradas de ferro (transporte por) – 157

Expedição (contrato de) e comissão – 241

Evicção – 134

F

FAR (cláusula) – 132, c

Fatura – (emissão) – 136

Faturização ou "*Factoring*"

– Conceito – 415

– Histórico – 416

– O *factoring* antigo e o moderno – 417

– A faturização como técnica financeira e de gestão comercial. Sua utilidade – 418

– Elementos pessoais – 419

– Modalidades de faturização. Faturização interna e exterior. Faturização convencional e no vencimento – 420

– Formação do contrato. Classificação – 421

– Cláusulas essenciais e cláusulas facultativas – 422

– Contas aprovadas e não aprovadas – 423

– Relações entre o faturizador e o faturizado – 424

– Relações entre o faturizador e o comprador – 425

– Relações entre o comprador e o faturizado – 426

– Obrigações e direitos do faturizador – 427

– Obrigações e direitos do faturizado – 428

– Obrigações e direitos do comprador – 429

– Extinção do contrato – 430

– A faturização e a prestação de serviços – 431

FAS (cláusula) – 132, c

Fiança mercantil

– Noção – 259

– Sistema legal anterior ao Código Civil de 2002 – 260

– Sistema legal do Código Civil de 2002 – 260-A

– Espécies – 261

– Caução, fiança, aval e abono – 262

– Classificação – 263

– Solidariedade entre fiador e afiançado. Benefício de ordem – 264

– Cofiadores – 265

– Sub-rogação – 266

– Forma, prova e extensão da fiança – 267

– Interpretação da fiança – 268

– Consentimento do cônjuge – 269

– Fianças de sócios – 270

– Exoneração do fiador – 271

– Morte do fiador – 272

– Extinção da fiança – 273

Financiamento bancário – 399

FOB (cláusula) – 132, b

Fornecimento (contrato de) – 121

FOT (cláusula) – 132, c

Franquia ou "*franchising*"

– Origem – 432

– Conceito – 433

– Elementos, comercialidade – 434

– Objeto – 435

– Características – 436

– Como se opera. Onerosidade do contrato – 437

– Natureza jurídica – 438

– Classificação – 439

– Cláusulas contratuais – 440

– Preços dos produtos franqueados – 441

– Extinção do contrato – 442

Fraude – 99, II, b

G

Gestão de negócios

– Noção – 217

– Histórico – 218

- Características – 219
- Natureza jurídica – 220
- Obrigações do gestor – 221
- Responsabilidade do gestor – 222
- Obrigações do dono do negócio – 223
- Ratificação da gestão – 224
- Desaprovação da gestão – 225

I

- Ignorância* – 99, a
- Indenização do remetente* – 175
- Interesse segurável* – 304
- Interpretação de fiança* – 268
- Intervenção nos bancos* – 378
- Instrumento da alienação fiduciária. Requisitos*
– 148
- Instrumento do mandato* – 199
- Instrumento particular* – 51

J

- Juros* – 252

K

- “*Know-how*”
 - Significado da expressão – 443
 - *Noção* – 444
 - *Know-how* e contrato de *Know-how* – 445
 - Elementos do *know-how* – 446
 - *Know-how* e assistência técnica – 447
 - Natureza jurídica do contrato – 448
 - Proteção – 449
 - Transferência – 450
 - Modalidade de transferência – 450
 - Natureza jurídica do contrato – 451
 - Formação do contrato. Fases – 452
 - Extinção do contrato – 453
 - *Know-how* e direito fiscal – 454

L

- Lease-back* ou *leasing* de retorno – 405, b
- Leasing* – V. Arrendamento mercantil
- Leasing* (constituição) – 409
- Leasing* de equipamento – 407
- Leasing* financeiro – 405, a
- Leasing* imobiliário – 407
- Leasing* mobiliário – 407
- Leasing* operacional – 406
- Leilamento* (contrato de) e comissão – 244
- Liquidação extrajudicial dos bancos* – 378

M

Mandato mercantil

- Conceito – 190
- Sistema legal anterior ao Código Civil de 2002 – 191
- No Código Civil de 2002 – 192
- Caracterização – 193
- e comissão – 194
- Conferido a empresário, regra geral, é oneroso – 195
- Classificação do contrato – 196
- Pessoas que intervêm no contrato – 197
- Constituição do contrato – 198
- Forma e prova – 199
- Instrumento – 199
- Espécies – 200
- Poderes do mandato – 201
- Substabelecimento – 202
- Obrigações do mandatário – 203
- Obrigações do mandante – 204
- Extinção – 205

Mandato e comissão – 227*Metais preciosos* (compra) – 395*Mutualidade e seguro* – 316*Mútuo mercantil*

- *Noção* – 245
- Empréstimo, comodato e mútuo – 246
- Sistema legal – 247
- Classificação – 248
- Elementos do contrato – 249
- Prazo – 250
- Forma e prova – 251
- *Juros* – 252
- Empréstimos contraídos mediante a emissão de obrigações – 253, 254, 255, 256, 257, 258

N

Notas bancárias (emissão) – 384*Nota de bagagem* – 185*Novação*

- Objetiva – 20
- Subjetiva – 20
- No direito comercial – 21

O

Obrigações comerciais

- *Noção* – 1

- Conceito – 2
 - e as regras do direito civil – 3
 - Unificação – 4
 - Dispositivos do Código Comercial – 5
 - Comerciais e civis – 6
 - Especialização – 7
 - Elementos: sujeito e objeto – 8
 - Características dos sujeitos – 9
 - Conjuntas ou conexas – 9-c, 12
 - Solidariedade – 11
 - Objetivo – 12
 - Compostas – 12
 - Efeitos das obrigações comerciais – 13, 14
 - Extinção – 15
 - Modos de extinção – 16
 - Líquidas – 24
 - Contrato como fonte – 47
 - Operações ativas bancárias* – 384
 - Operações bancárias* – 380, 381
 - Operações de câmbio* – 393
 - Operações passivas dos bancos* – 382, 383
- P**
- Pacto comissório* – 79, 119
 - Pagamento*
 - Noções gerais – 17
 - Espécies – 18
 - Pagamento real – 18-a
 - Pagamento por consignação – 18-b, 19
 - Pagamento com sub-rogação – 18-c, 19
 - Pagamento por imputação – 18-d, 19
 - Dação em pagamento – 18-e
 - Passageiro*
 - Bagagem – 185
 - Obrigações e direitos – 189
 - Proibições – 190
 - Penhor mercantil*
 - Noção – 274
 - Significado da palavra “penhor” – 275
 - Sistema legal – 276
 - Penhor convencional e penhor legal – 277
 - Características do penhor mercantil – 278
 - A tradição no penhor – 279
 - Classificação do contrato – 280
 - Objeto do penhor – 281
 - Elementos necessários à constituição – 282
 - Constituição do penhor. Enunciações do instrumento – 283
 - Direitos e obrigações do credor – 284
 - Direitos e obrigações do devedor – 285
 - Vencimento do contrato – 286
 - Extinção do Penhor – 287
 - Penhor industrial – 288, 289, 290
 - Penhor dos produtos da suinocultura e de carnes congeladas – 291
 - Penhor agrícola – 292
 - Penhor do sal – 293
 - Caução de títulos de crédito pessoal – 294
 - Penhor de mercadorias depositadas em armazéns-gerais – 295
 - Penhor dos títulos de crédito – 296
 - Penhor de veículos – 297
 - Prazo*
 - de decadência – 46
 - Preço*
 - Do preço como elemento do contrato de compra e venda mercantil – 107
 - Requisitos do preço – 108
 - Fixação do preço – 109
 - Pagamento do – 138
 - A quem deve ser pago – 139
 - Tempo de pagamento – 140
 - Lugar do pagamento – 141
 - Modo de pagamento – 142
 - Forma de pagamento – 143
 - Prêmio (de seguro)* – 310
 - Prescrição*
 - Noção – 36
 - e decadência – 37
 - Prazos – 38
 - Renúncia – 39
 - Impedimentos – 40, 42
 - Suspensão – 41, 42
 - Interrupção – 43, 44, 45
 - Prestação*
 - Positiva e negativa – 8, 12
 - Alternativa – 12
 - Cumulativa – 12
 - Prestação de serviços e cartões de crédito* – 464
 - Prestação de serviços e faturização* – 431
 - Procuração* – 190, 198
 - Promessa de compra e venda*
 - Noção – 151

W**Warrant**

- e conhecimento de depósito - 349
- Função - 351

- Função do conhecimento de depósito e do warrant unidos - 352
- Emitidos por entidades que não armazenam - 353



Ministarstvo obrazovanja, nauke i sporta
BEOGRAD, Beogradski Bulevar 111, Beograd - Beograd - 11000
Tel: (011) 2644-0111 - Fax: (011) 2644-0112
E-mail: ministarstvo@obrazovanje.gov.rs
www.obrazovanje.gov.rs

Ministarstvo obrazovanja, nauke i sporta
BEOGRAD, Beogradski Bulevar 111, Beograd - Beograd - 11000
Tel: (011) 2644-0111 - Fax: (011) 2644-0112
E-mail: ministarstvo@obrazovanje.gov.rs
www.obrazovanje.gov.rs





RIO DE JANEIRO: Travessa do Ouvidor, 11 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – CEP 20040-040
Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896
e-mails: bilacpinto@grupogen.com.br / andrea.sales@grupogen.com.br
SÃO PAULO (Filial): Rua Dona Brigida, 701 – Vila Mariana – São Paulo – SP
CEP 04111-181 – Tel.: (0XX11) 5080-0770 – Fax: (0XX11) 5080-0714 – 5080-0775
e-mails: vendasp@grupogen.com.br – luciano.vicente@grupogen.com.br – lucio.sousa@grupogen.com.br

Endereço na Internet: <http://www.forenses.com.br>



A marca FSC é a garantia de que a madeira utilizada na fabricação do papel com o qual este livro foi impresso provém de florestas gerenciadas, observando-se rigorosos critérios sociais e ambientais e de sustentabilidade.


Cromosete
Gráfica e editora lida
impressão e acabamento
Rua Uhlend, 307
Vila Ema Cap 03283-000
São Paulo SP
Tel/Fax: 011 2154 1126
adm@cromosete.com.br



O Direito das Obrigações privilegia e abriga com especial cuidado os princípios da boa-fé, estrela polar do Direito, e da autonomia da vontade, que deixa ampla margem para a criatividade do cidadão. O art. 421 do Código Civil de 2002 consagra expressamente a função social do contrato como regra hermenêutica a ser considerada e ponderada, tanto nas contratações quanto na exegese do contrato.

Contratos e Obrigações Comerciais é um clássico da literatura jurídica nacional. Nesta obra, Fran Martins, saudoso Professor Emérito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, discorre, com profundidade, clareza e precisão sobre essa rica temática.

No Capítulo Primeiro, trata das Obrigações, dando ênfase aos aspectos que caracterizam a atividade empresarial. No Capítulo Segundo, com a mesma ênfase, aborda os Contratos como Fontes das Obrigações. Nos demais Capítulos, e com a mesma ênfase, dedica-se a uma análise detalhada de contratos regulados pelo Código Civil e outros, regulados por leis esparsas.

Por tudo isso, este livro, atualizado pelo Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima, Professor Titular de Direito Empresarial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, é de enorme utilidade para estudantes e estudiosos do Direito, para operadores do Direito em geral, e para empreendedores e empresários.

Osmar Brina Corrêa-Lima



www.grupogen.com.br
<http://gen-io.grupogen.com.br>

ISBN 978-85-309-3036-3



9 788530 930363