
CONTRATOS EMPRESARIAIS

AUTOR: JOÃO PEDRO BARROSO DO NASCIMENTO
PESQUISADORES: AMANDA PERES; ARNALDO VIEIRA FERREIRA; GUSTAVO PALHEIRO;
LARISSA AGRÉLIO; E PEDRO CASTELAR PINHEIRO

Sumário

CONTRATOS EMPRESARIAIS

CONTRATOS EMPRESARIAIS	3
I. CONTRATOS EM GERAL	7
II. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	16
III. VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	23
IV. CONTRATOS DE INTERCÂMBIO VS. CONTRATO DE SOCIEDADE VS. CONTRATOS DE COLABORAÇÃO	27
V. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	30
VI. CONTRATOS EM ESPÉCIE	35
VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE	46
VIII. CONTRATOS EM ESPÉCIE	62
IX. CONTRATOS FINANCEIROS	68
X. DERIVATIVOS — CONTRATOS NO MERCADO FUTURO, OPÇÕES, SWAPS E A TERMO	83
XI.1. SEGUROS	94



CONTRATOS EMPRESARIAIS

PROFESSOR

João Pedro Barroso do Nascimento

EMENTA

Teoria Geral dos Contratos Empresariais. Contratos em Geral *vs.* Contratos Empresariais. Contratos Empresariais em Espécie. O Direito e os Negócios. Análise Prática e Aplicação de Conceitos em Situações Concretas (i.e., estudo com base em minutas de documentos).

OBJETIVOS

Em abordagem interdisciplinar, esta eletiva visa a: (i) proporcionar aos alunos aprendizado de diversos institutos relacionais aos contratos empresariais, com especial enfoque à aplicação prática destes institutos; (ii) provocar o interesse dos alunos para questões jurídicas atinentes ao ambiente empresarial e à dinâmica econômica; e (iii) desenvolver as habilidades dos alunos para identificar e compreender a dinâmica evolutiva dos contratos empresariais, com atenção às modalidades recentes de contratações praticadas pelo mercado.

METODOLOGIA

Suporte teórico, através do estudo de material didático (principalmente artigos, pareceres e comentários à legislação). Suporte prático, através do estudo de casos concretos. Incentivo ao envolvimento e participação dos alunos, em método socrático.

PROGRAMA

1. Contratos em Geral
2. Teoria Geral dos Contratos Empresariais
3. Vetores de Funcionamento dos Contratos Empresariais



4. Contratos de Colaboração *vs.* Contratos de Intercâmbio
5. Interpretação dos Contratos Empresariais
6. Contratos em Espécie
 - 6.1. Compra e Venda Mercantil
 - 6.2. Contratos de Colaboração em Espécie
 - 6.2.1. Representação Comercial
 - 6.2.2. Distribuição
 - 6.2.3. Concessão Comercial
 - 6.2.4. Comissão
 - 6.3. Contratos de Franquia (*Franchising*)
 - 6.4. Contratos de Seguro
 - 6.5. Contratos Financeiros
 - 6.5.1. Empréstimo *vs.* Financiamento
 - 6.5.2. Arrendamento Mercantil (*Leasing*)
 - 6.5.3. Factoring (*Factoring*)
 - 6.5.4. Cartão de Crédito
 - 6.5.5. Mútuo Financeiro
 - 6.5.6. Títulos de Crédito ó Contratos Financeiros (CCB — Cédula de Crédito Bancário; LCI — Letra de Crédito Imobiliário; CCI — Cédula de Crédito Imobiliário; e Cédula de Crédito Rural ou Industrial).
 - 6.5.7. Operações de Financiamento Industrial, Imobiliário e Agrícola. Contratos Empresariais e Securitização



7. Contratos no Mercado de Capitais

7.1. Contratos de *Underwriting*

7.2. Contratos de *Swap*

7.3. Contratos de *Hedge*

7.4. Contratos de *Long Selling* e *Short Selling*

7.5. Contratos no Mercado Futuro

7.6. Operações com Derivativos

MÉTODOS DE AVALIAÇÃO

Serão realizadas 02 (duas) provas, em sala de aula, compreendendo toda a matéria ministrada até a data de cada prova. Os alunos poderão consultar os textos de leis sem comentários ou anotações. Poderão, também, ser feitas avaliações baseadas em atividades complementares ou em trabalhos sobre temas específicos a serem indicados pelo professor.

A média aritmética referente à disciplina será obtida com base em tais avaliações. O aluno que obtiver média aritmética inferior a 7 (sete) deverá realizar uma terceira prova, a qual compreenderá toda a matéria do semestre.

ATIVIDADES COMPLEMENTARES

Poderão ser propostas atividades adicionais que valerão pontos para a média aritmética (obtida com base nas duas primeiras provas) referente à disciplina.

WORKSHOPS

Haverá, ao menos, um *workshop* em que os alunos lidarão em sala de aula com situação concreta de negociação de Contrato Empresarial.



BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2001.

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

Será recomendada oportunamente (conforme evolução das aulas).



I. CONTRATOS EM GERAL

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 25ª Edição. Págs. 22 a 101.

Complementar

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico — Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato — Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

B) ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares

Os contratos são, usualmente, conceituados como os mecanismos jurídicos por meio dos quais são estabelecidos vínculos jurídicos entre dois ou mais sujeitos de direito (*i.e.*, negócio jurídico,¹ que será bilateral ou plurilateral²), que corresponde ao acordo de vontades, capaz de criar, modificar e/ou extinguir direitos e/ou obrigações entre as partes contratantes.

¹ *Ato Jurídico* é uma manifestação da vontade humana que produz efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e de seus direitos. Os *Negócios Jurídicos* (ao contrário dos atos jurídicos em sentido estrito) condicionam os seus efeitos jurídicos, principalmente, à livre manifestação de vontade dos agentes.

2. Elementos Constitutivos dos Contratos: Requisitos de Validade

Os contratos possuem alguns elementos constitutivos obrigatórios, que são usualmente referidos como os *requisitos de validade*. Estes se enquadram em 2 (duas) espécies, quais sejam os requisitos de:

- (i) ordem geral, que são aqueles comuns a todos os atos e negócios jurídicos, conforme previstos no artigo 104 do Código Civil; e
- (ii) ordem especial, que são aqueles específicos dos contratos.

² O negócio jurídico é *unilateral* quando este se completa com apenas uma declaração de vontade (exemplo: testamento). O negócio jurídico *bilateral*, por sua vez, é aquele que precisa de duas declarações de vontades (exemplo: contrato de compra e venda). Há ocasiões em que o negócio jurídico envolve inúmeras pessoas, mas ainda assim apenas dois polos contratantes, não perdendo a essência de negócio bilateral (exemplo: contrato de compra e venda com mais do que um vendedor e/ou mais do que um comprador). Por fim, diz-se que o negócio jurídico é *plurilateral* quando envolve a composição de mais de duas vontades paralelamente manifestadas por diferentes partes, com um interesse convergente (exemplo: contrato de sociedade).



Sendo assim, exigem-se como requisitos para a validade dos contratos: (a) *capacidade das partes*, conforme prevê o artigo 104, inciso I, do Código Civil; (b) *objeto lícito, possível e determinado ou determinável*, conforme prevê o artigo 104, inciso II, do Código Civil; (c) *forma prescrita ou não defesa em lei*, conforme prevê o artigo 104, inciso III, do Código Civil — sendo os três de forma geral; e (d) *necessidade de consentimento recíproco e/ou acordo de vontade das partes contratantes* — este último de ordem especial.

2.1. Capacidade (art. 104, inciso I, CC/02)

A capacidade dos contratantes é, pois, o primeiro requisito (condição subjetiva) de ordem geral para a validade dos contratos. Sendo assim, os contratos serão nulos (artigo 166, inciso I, do Código Civil) ou anuláveis (artigo 171, inciso I, do Código Civil), se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for suprimida pela representação ou pela assistência.

2.2. Objeto (art. 104, inciso II, CC/02)

O objeto do contrato há de ser lícito, isto é, não atentar contra a lei, a moral ou os bons costumes (condição objetiva). Além disto, o objeto do contrato deve ser também possível, determinado ou determinável. Com efeito, o artigo 166, inciso II, do Código Civil, declara nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

2.3. Forma (Art. 104, inciso III, CC/02)

O terceiro requisito do negócio jurídico é a forma, que deve ser prescrita ou não defesa em lei. Em regra, a forma é livre. As partes podem celebrar contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança jurídica e solenidade ao negócio jurídico, exige a forma escritura, pública ou particular (Artigo 107 do Código Civil). Em alguns casos, a lei determina, inclusive, o atendimento à publicidade, mediante o sistema de Registros Públicos (Artigo 221 do Código Civil).



2.4. Consentimento Recíproco ou Acordo de Vontades

O requisito de ordem especial, próprio dos contratos, é o consentimento recíproco ou acordo de vontades.

Deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico, quais sejam: (i) erro; dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude.

A manifestação da vontade nos contratos pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa (Artigo 111 do Código Civil).

A manifestação expressa pode ser exteriorizada verbalmente, por escrito, gesto ou mímica, de forma inequívoca. Algumas vezes a lei exige o consentimento escrito como requisito.

3. Elementos do Contrato

3.1. Essenciais

São os elementos que, obrigatoriamente, devem constar de todos os contratos, sob pena de nulidade: a capacidade das partes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Além dos elementos essenciais gerais, que são comuns a todos os atos jurídicos, há também os elementos essenciais especiais, que devem existir somente em alguns contratos (exemplo: no caso dos contratos de compra e venda, também são necessários a *coisa*, o *preço* e o *consentimento*).

3.2. Acidentais

Os elementos acidentais são aqueles que podem figurar ou não no negócio, mas que são dispensáveis à formação do negócio jurídico.

Em regra, os elementos acidentais são adotados nos casos em que as partes contratantes pretendam modificar a eficácia do negócio jurídico, adaptando-a a determinadas circunstâncias futuras.

São eles:

- (i) condição (resolutiva ou suspensiva);
- (ii) termo; e
- (iii) encargo (ou modo).



4. Princípios Fundamentais do Direito Contratual

Tradicionalmente, o Direito reconhecia os seguintes princípios como sendo os mais importantes em relação ao direito dos contratos:

4.1. Princípio da Autonomia da Vontade

As partes contratantes têm ampla liberdade para contratar e estabelecer entre si os termos e condições do vínculo contratual.

4.2. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos (ou Princípio da Força Obrigatória dos Contratos)

O contrato faz lei entre as partes contratantes (*pacta sunt servanda*).

4.3. Princípio da Relatividade dos Contratos

O contrato produz efeito apenas entre as partes contratantes, que assumem, modificam e/ou extinguem direitos e/ou obrigações, não prejudicando e/ou aproveitando a terceiros (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*).

De forma clássica, tais princípios eram também complementados pelos princípios abaixo:

4.4. Princípio da Supremacia da Ordem Pública

A autonomia da vontade é relativa, sujeitando-se à lei e aos princípios da moral e da ordem pública.

4.5. Princípio do Consensualismo

O simples consenso entre as partes contratantes tem força suficiente para fazer surgir o contrato, não se exigindo forma especial para a formação do contrato. A legislação brasileira observa ressalvas apenas a alguns tipos específicos de contrato, em que há formalidades e solenidades a serem atendidas.

5. Novos Princípios Contratuais

A Constituição da República de 1988 introduziu novos princípios ao sistema jurídico brasileiro

Tais princípios implicaram na modificação do sentido e do valor atribuído a alguns dos princípios clássicos do direito dos contratos.

Sendo assim, somaram-se aos 3 (três) princípios cardinais do direito dos contratos (Princípio da Autonomia da Vontade; Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos; e Princípio da Relatividade dos Contratos), houve a consagração definitiva Princípio da Boa-Fé Objetiva, Princípio do Equilíbrio Econômico; e Princípio da Função Social dos Contratos.

5.1. Princípio da Boa-Fé Objetiva

O Princípio da Boa-Fé Objetiva é cláusula aberta consagrada no Código Civil, que está prevista nos artigos 113 e 422 do Código Civil³, atuando preponderantemente como contraponto ao Princípio clássico da Autonomia Privada.

Funciona como um elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais, desempenha 3 (três) funções principais:

- (i) Função Interpretativa dos Contratos:
 - Garante que os contratos e as suas cláusulas sejam interpretados em harmonia com os objetivos comuns buscados pelas partes contratantes no momento da celebração do contrato, conforme art. 113 do Código Civil.
- (ii) Função Restritiva do Exercício Abusivo de Direitos:
 - Cria limites para o exercício dos direitos das partes, assegurando que tal exercício se dê de forma regular, não se manifestando, portanto, de maneira abusiva ou contraditória à boa-fé, aos bons costumes ou ao seu fim econômico ou social, conforme art. 187 do Código Civil.
- (iii) Função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial:
 - Visa a incentivar a cooperação mútua das partes contratantes em todos os momentos contratuais, impondo-lhes alguns deveres, como, por exemplo: o dever de esclarecimento e informação, o dever de lealdade e de cooperação, o dever de proteção e de cuidado.

³ No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 131, inciso I, do Código Comercial de 1850 trouxe a primeira referência à boa-fé como elemento para a interpretação dos contratos firmados sob a sua égide.



5.2. Princípio do Equilíbrio Econômico

De forma a limitar o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, o Princípio do Equilíbrio Econômico se aplica quando determinada obrigação se torna demasiadamente onerosa para uma das partes.

À sua luz, surgem institutos tais como o da lesão (art. 157, CC/02), da revisão contratual (art. 317, CC/02) e da resolução por onerosidade excessiva (art. 478 e 479, CC/02).

5.3. Princípio da Função Social dos Contratos

Tal princípio se manifesta como limitador do Princípio da Relatividade.

Em prol da sociedade como um todo, torna as obrigações contratuais oponíveis não apenas às partes contratantes, mas também a terceiros, uma vez que as relações jurídicas se manifestam dentro de um contexto social.

Cria também a obrigação aos contratantes de agirem de forma a respeitar os interesses socialmente relevantes que possam ser afetados pelo contrato, afastando, com isso, concepção individualista.

Encontra respaldo no art. 421 do Código Civil:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

7. Classificação dos Contratos

7.1. Forma

Quanto à forma, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Principais vs. Acessórios

Principais	Aqueles cuja existência independem de qualquer outro.
Acessórios	Aqueles que existem em função do contrato principal.



Preliminares vs. Definitivos

Preliminares	Não contemplam todos os elementos essenciais do negócio jurídico (e/ou, embora contemplem todos os elementos essenciais do negócio jurídico, também tenham um elemento accidental aposto ao negócio jurídico). Consequentemente, não estabelecem direitos e obrigações, de forma definitiva, entre os contratantes.
Definitivos	Contemplam todos os elementos essenciais do negócio jurídico. Estabelecem direitos e obrigações, de forma definitiva, entre os contratantes.

Consensuais vs. Reais

Consensuais	Aperfeiçoam-se pelo mero consentimento (e não necessitam de nenhuma solenidade adicional e não pressupõem a entrega da coisa => tradição).
Reais	Aperfeiçoam-se apenas com a entrega da coisa (independentemente da formalização do consentimento).

Solenes vs. Não Solenes

Solenes	Exigem solenidade específica quanto à forma (que está prescrita em lei) e, em alguns casos, também demandam registros adicionais perante órgãos públicos.
Não Solenes	Não há forma prescrita em lei. Não exige solenidade específica.

7.2. Natureza

Quanto à sua natureza, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Unilaterais vs. Bilaterais

Unilaterais	São aqueles que se aperfeiçoam por uma só obrigação.
Bilaterais	São os que se aperfeiçoam por reciprocidade de obrigações.

Onerosos vs. Gratuitos

Onerosos	São aqueles onde há sacrifício patrimonial para ambas as partes
Gratuitos	São aqueles onde há um sacrifício patrimonial, apenas, para uma das partes



Comutativos vs. Aleatórios

Comutativos (Sinalagmáticos)	São os contratos onde as prestações se cumprem simultaneamente. Adjetivação daquilo que é bilateral, recíproco, que importa em igualdade de direitos e deveres para as partes contratantes. Contrato em que as partes assumem obrigações recíprocas. Também denominado bilateral.
Aleatórios	São os contratos onde as prestações são deferidas para o futuro

Paritários vs. Por Adesão

Paritários	as partes estipulam cláusulas em pé de igualdade. A balança está equilibrada
Por Adesão	umas das partes apenas adere à proposta da outra, não podendo discutir as cláusulas contratuais. A balança está desequilibrada

7.3. Tempo

Quanto ao tempo, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Instantâneos vs. Trato Sucessivo

Instantâneos	aqueles em que as prestações se executam no momento da celebração do contrato.
Trato Sucessivo	são aqueles em que não é possível sua satisfação em um só momento

7.4. Pessoa

Quanto à pessoa, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Pessoais vs. Impessoais

Pessoais	São realizados em razão da pessoa, com base na anca recíproca entre as partes e só podem ser executados pelo próprio devedor
Impessoais	Quando a pessoa do outro contraente não é elemento determinante para a conclusão do contrato.



8. Conclusão

A fim de que possamos analisar os contratos empresariais, é importante, em um primeiro momento, analisarmos as características dos contratos em geral. Como vimos, seus requisitos de validade podem ser divididos em gerais e especiais. Seus elementos constitutivos podem ser essenciais ou acidentais. Estudamos então os princípios clássicos e novos do direito contratual, e de que forma eles se complementam e contrapõem. Por fim, elencamos as classificações dos contratos em razão da sua forma, natureza, tempo e pessoa.



II. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 23-54.

Complementar

JENSEN, Michael C., *Theory of the Firm: Governance, Residual Claims and Organizational Forms* (Prefácio e Introdução). Harvard University Press, December 2000. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1791761>> Acessado em 01/07/2014.

B) ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares

Conforme examinamos anteriormente, os contratos estabelecem vínculos jurídicos entre as partes contratantes, criando, modificando e/ou extinguindo direitos e/ou obrigações, que serão convertidos em prestações exigíveis, de acordo com os termos e condições do respectivo contrato.

Na dinâmica empresarial, há intensa necessidade de estabelecimento de relações jurídicas com terceiros (i.e., empresa ó outros agentes). Tais relações jurídicas são estabelecidas por meio de contratos diversos.

Em inúmeros casos, há o estabelecimento de *teia contratual*⁴ de modo a viabilizar a consecução de determinada atividade empresarial.

Sob a lógica dos estudos de *Law & Economics*, há também quem sustente a teoria de que as grandes companhias são estabelecidas e organizadas por meio de *nexus of contracts*⁵, na medida em que os seus negócios e atividades são viabilizados por contratos entre diferentes partes contratantes.

No âmbito do Direito Empresarial, o estudo dos contratos dá atenção especial aos Contratos Empresariais⁶ (também referidos como *Contratos Interempresariais*), que são aqueles celebrados entre empresas (i.e., em que somente empresas fazem parte da relação jurídica). Ou seja, não há pessoas físicas e/ou sujeitos de direito organizados sem os elementos de empresa.

A este respeito, Paula Forgioni⁷ ensina que:

⁴ FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 28.29.

⁵ A acepção *nexus of contracts* é parte de estudo mais amplo, no âmbito da *Theory of the Firm* usualmente atribuída ao doutrinador Michael C Jensen, segundo a qual: “[t]he public corporation is the nexus for a complex set of voluntary contracts among customers, workers, managers, and the suppliers of materials, capital, and risk bearing. This means the parties contract not between themselves bilaterally, but unilaterally with the legal fiction called the corporation, thus greatly simplifying the contracting process. The rights of the interacting parties are determined by law, the corporation’s charter, and the implicit and explicit contracts with each individual.” JENSEN, Michael C., *Theory of the Firm: Governance, Residual Claims and Organizational Forms* (Preface and Introduction) (May 16, 1999). Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1791761>> Acessado em 08/07/2014.

⁶ A nomenclatura tradicionalmente aplicada a tais contratos poderá variar nas acepções de “Contratos Empresariais”, “Contratos Comerciais” ou “Contratos Mercantis”. Para fins didáticos, adotaremos como padrão de referência nesta apostila somente a nomenclatura “Contratos Empresariais”, que – sob o nosso ponto de vista – é aquela tecnicamente mais adequada aos tempos modernos.

⁷ FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 29.



“A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.

Entretanto, adotar esse método de análise da realidade do mercado descortina visão jurídica pouco usual entre nós, porquanto:

(i) Considera como objeto do direito comercial apenas os contratos celebrados entre empresas (contratos interempresariais, i.e., aqueles em que os partícipes têm sua atuação plasmada pela procura do lucro); e

(ii) Coloca em relevo a necessidade do esboço da teoria geral que leve em consideração as peculiaridades dos contratos interempresariais no contexto do mercado (i.e., que considere a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir).”

Sendo assim, o escopo central deste estudo são os contratos celebrados no universo empresarial apenas entre partes contratantes dotadas de elementos de empresa⁸.

2. Contratos Empresariais

Os contratos empresariais são aqueles em que ambos (ou, conforme o caso, todos) os polos da relação jurídico-contratual têm sua atividade movida por razões empresariais.

O elemento da empresarialidade é reconhecido na medida em que a organização econômica dos fatores de produção é desenvolvida para a produção ou circulação de bens ou serviços por meio de estabelecimento empresarial que vise ao lucro à maximização do valor dos investimentos realizados.

O aspecto empresarial atribui características próprias e viés peculiar aos contratos empresariais (e negócios jurídicos entre empresários), que — naturalmente — os distinguem dos contratos em outros segmentos do Direito.

De forma geral, no âmbito de tais contratos, há equivalência de poderes e forças entre as partes contratantes, não havendo relação de hipossuficiência e/ou desequilíbrio no que tange às questões contratuais. Por conta destas características, existe uma preocupação usual de esculpir o contexto em que estão

⁸ De acordo com o *caput* do artigo 966 do Código Civil, “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O parágrafo único do mesmo dispositivo complementa que: “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.”



sendo realizadas tais contratações, de modo a evidenciar a situação em que a formação e cumprimento do contrato foram e/ou estão sendo realizadas.

Neste sentido, a depender da natureza do contrato a ser celebrado, são usuais cláusulas e regras contratuais tendentes a explicitar a condição e/ou situação específicas das partes contratantes, especialmente quando se pretende caracterizar o equilíbrio de forças e demais características de contextualização no caso concreto. São comuns regras de que as partes contratantes:

- (i) possuem conhecimento e experiência em questões econômico-financeiras e de negócios em geral, sendo capazes de avaliar o negócio jurídico pretendido e, deste modo, identificar vantagens, desvantagens, riscos e potenciais de retorno em relação a tal negócio jurídico pretendido;
- (ii) estão devidamente assessoradas por executivos e profissionais competentes (advogados, contadores e assessores em geral), que são familiarizados com operações semelhantes ao negócio jurídico pretendido; e
- (iii) conduziram investigações independentes acerca do negócio jurídico pretendido (*i.e.*, conforme o caso, realizaram *due diligence*; auditorias técnicas e operacionais; sondagens; pesquisas de campo; planejamentos de negócio em relação ao projeto e *etc.*).

3. Contratos Empresariais vs. Contratos Cíveis em Geral (especialmente Contratos de Consumo):

Se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro (e, conforme o caso, valorização do investimento realizado), não se deve subsumir este tipo de contrato à lógica jurídica das relações consumerista (*i.e.*, Direito do Consumidor).

Os contratos empresariais devem ser tratados como categoria autônoma em relação aos contratos em geral?

Fábio Konder Comparato⁹ ensina que:

“Não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global”

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial, p. 251



Por sua vez, Waldemar Ferreira¹⁰ sustenta que:

“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.”

A unificação do regime jurídico dos contratos, conforme empreendida pelo Código Civil de 2002, trouxe certo descaso à teoria geral dos contratos mercantis, uma vez que a pretensa “coincidência” entre os regimes das obrigações civis e comerciais induz ao **não** estudo separado dos dois grupos de contratos, buscando singularidades no funcionamento e na disciplina de cada um deles.

Entretanto, tradicionalmente, a distinção da teoria geral dos contratos mercantis centrava-se na identificação das diferenças entre os Contratos Civis e os Contratos Mercantis, mas — nos tempos atuais — assumiu nova feição.

O “Direito do Consumidor” aflorou a existência de ramo independente sujeito às especificidades (ou princípios peculiares) que lhe dão forma e conteúdo, tais como a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o “direito de não ser explorado”.

A consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos empresariais à sua “redescoberta” como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras do direito civil e do direito consumerista.

Por razões diversas, diz-se que a tripartição atual da matéria dos contratos deve ser feita entre: (1) Contratos Civis; (2) Contratos com Consumidores; e (3) Contratos Empresariais.

O traço diferenciador dos contratos empresariais é o escopo de lucro bilateral, que condiciona o comportamento das partes. Há uma dinâmica peculiar, que não pode ser negligenciada! A perseguição de vantagem econômica é o “motor” das partes contratantes.

Segundo o autor Antônio Junqueira de Azevedo, os contratos podem ser divididos em “contratos empresariais” e “contratos existenciais”, que incluem os contratos de consumo, os contratos celebrados para viabilizar a subsistência da pessoa humana, a compra da casa própria, os contratos de trabalho e as locações residenciais.

4. Análise dos Elementos Constitutivos dos Contratos à luz da dinâmica empresarial

Se os contratos empresariais são aqueles celebrados entre empresas e nos quais ambos (ou, conforme o caso, todos) os polos da relação jurídico-con-

¹⁰ FERREIRA, Waldemar. Instituições de Direito Comercial, v. 3, p. 12.



tratural têm a sua atividade movida por razões empresariais, faz-se necessário analisar a questão dos elementos constitutivos nos contratos empresariais.

4.1 Capacidade

A fim de evidenciar o atendimento da “*capacidade das partes*”, são usuais cláusulas no sentido de que:

Constituição. As partes contratantes estão devidamente constituídas e validamente existentes, encontrando-se em situação regular de acordo com as legislações que lhes são aplicáveis.

Autorização. As partes contratantes possuem plena capacidade e autoridade para intervir no presente Contrato, realizar todas as operações previstas no contrato, exercer os direitos e, conforme o caso, cumprir todas as obrigações assumidas, inexistindo qualquer impedimento legal ou contratual em relação à realização das operações previstas. O cumprimento de suas obrigações nos termos do contrato, foi, conforme aplicável, devidamente autorizado pelos atos societários e/ou órgãos societários competentes (i.e., Assembleia Geral, Conselho de Administração e/ou Diretoria).

Não Violação. A celebração do contrato e o cumprimento das obrigações nele previstas: (i) não violam, infringem ou de qualquer forma contrariam disposições de qualquer contrato, compromisso ou outra obrigação relevante da qual tal parte contratante esteja vinculadas e que possa dar causa a inadimplemento; (ii) não infringem qualquer disposição de lei, decreto, norma ou regulamento, ordem administrativa ou judicial a que tal parte contratante esteja sujeita; ou (iii) não exigem qualquer consentimento, aprovação ou autorização de qualquer pessoa física ou jurídica com relação a tal parte contratante.

4.2 Objeto

Da mesma forma, no que tange à questão do *objeto lícito, possível e determinado ou determinável*, são usuais disposições contratuais no sentido de detalhar e especificar qual é o negócio pretendido pelas partes contratantes e o que está sendo objetivado com a referida contratação:

Objeto. A [EMPRESA XPTO], neste ato, cede e transfere à [EMPRESA WTO], em caráter total, definitivo, irrevogável e irretroatável, na for-



ma, extensão e aplicação em que o detém, por força das leis, contratos e tratados em vigor ou que no futuro vierem a vigorar, por todo o prazo de duração da Concessão (cf. definição), os direitos de passagem longitudinal sobre toda a Área Geográfica (cf. definição) em geral, que sejam necessários elou convenientes para a instalação e manutenção da Infraestrutura (cf. definição) elou para o desenvolvimento do Negócio (cf. definição), podendo a [EMPRESA XPTO] construir, operar, comercializar elou praticar todas as atividades que se fizerem necessárias ao Negócio (cf. definição).

Prerrogativas Adicionais. A [EMPRESA XPTO], também poderá valer-se de direito de passagem para realizar cruzamentos de vias na Área Geográfica em geral sempre que necessário à instalação e à manutenção da Infraestrutura elou ao estabelecimento de ligações em geral em relação ao Negócio.

Vedações Específicas. A [EMPRESA XPTO] não poderá realizar nenhuma atividade que contrarie os poderes originalmente detidos pela [EMPRESA WTO] em relação à Concessão da Área Geográfica

4.3 Forma

No que se refere à *forma prescrita ou não defesa em lei*, nos casos de contratos solenes são usuais regras semelhantes à abaixo:

Os [GARANTIDORES], neste ato e na melhor forma de direito, empenham em favor do [CREDOR], nos termos do artigo 1.419 e seguintes do Código Civil, em caráter irrevogável e irretroatável, a totalidade das [AÇÕES] de sua propriedade de emissão da [COMPANHIA XPTO] (“Ações Empenhadas”).

Este Instrumento de Penhor será registrado perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos competente, devendo, ainda, a garantia ora constituída ser averbada no Livro de Registro de Ações Nominativas da [COMPANHIA XPTO], nos termos do art. 39 da Lei nº 6.404/76.

Os [GARANTIDORES] e a [COMPANHIA XPTO] comprometem-se a manter a anotação do penhor no Livro de Registro de Ações Nominativas da [COMPANHIA XPTO] até o momento de sua total liberação.



4.4 Consentimento Recíproco ou Acordo de Vontades

No que tange à questão *necessidade de consentimento recíproco e/ou acordo de vontade das partes contratantes*), são usuais disposições contratuais no sentido de evidenciar que as partes manifestaram a vontade de forma adequada, sem nenhum elemento que pudesse contaminá-la. Como exemplo:

As partes contratantes, neste ato e na melhor forma de direito, no exercício de sua manifestação de vontade de forma livre e manifesta, sem qualquer induzimento ou coação, em caráter irrevogável e irretratável, dão entre si recíproca, plena, rasa, geral e irrevogável quitação, por todos e quaisquer valores a que tenham feito ou façam jus em decorrência de atos e/ou fatos direta ou indiretamente relacionados ao Contrato, para nada mais reclamarem, pretenderem haver ou exigirem uns dos outros, a qualquer tempo e a qualquer título, em juízo ou fora dele.

4. Conclusão

Por razões diversas, os contratos empresariais possuem características próprias e que devem ser devidamente conhecidas, identificadas e aplicadas pelos operadores de Direito.



III. VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 55-151.

B) ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares:

Conforme examinado anteriormente, nos contratos empresariais, ambos (ou todos) os polos das relações jurídicas estabelecidas são movidos pela busca do lucro, têm sua atividade — toda ela — voltada para a perseguição de vantagem econômica, sendo o contrato um instrumento para atingir este fim. Sendo assim, analisaremos a seguir algumas das características inerentes aos contratos empresariais.

2. Custos de Transação

“A empresa contrata porque entende que o negócio lhe trará mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros.”¹¹

Em resumo, para que se reduzam os custos de transação, é necessário ponderar os custos de obter um bem ou serviço por meio de contratação com os custos de se obter o mesmo bem ou serviço de outras formas (ex: produção própria). Assim, quanto mais empresas ofertarem um mesmo bem ou serviço no mercado, um empresário, individualmente, terá menos poderes de influenciar o preço da coisa, de modo que, diante de tantas alternativas possíveis, os custos de transação serão diminutos.

¹¹ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.



3. Função Econômica do Contrato:

Os contratos empresariais assumem como função precípua a de promover a circulação de mercadorias e serviços no mercado, bem como a circulação de valores, que é intrínseca aos contratos celebrados em âmbito comercial.

“As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade. Ao se vincularem, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam o negócio desempenhe.”¹²

Perspectiva da Contratação => Dinâmica vs. Estática; Objetiva vs. Subjetiva

4. Prática e Contratos Empresariais:

“As partes, quando negociam e contratam, não tomam confortavelmente assento diante de um código e escolhem, entre fórmulas pré-existentes [i.e., tipificadas], aquela que mais lhes apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado.”¹³

5. Oportunismo e Vinculação:

“A parte, ao celebrar um contrato, gostaria de vincular o parceiro comercial, mas também de permanecer livre para deixar aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente como mais interessante.”¹⁴

6. Incompletude Contratual:

“Muitos contratos não contêm — e não podem mesmo conter — a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes.”¹⁵

7. Ambiente Institucional:

“O negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar.”¹⁶

¹² FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

¹³ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

¹⁴ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

¹⁵ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 71.

¹⁶ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.



8. Tutela do Crédito:

Se as partes em um contrato não acordarem sobre os créditos provenientes da relação contratual, o cumprimento da função econômica dos contratos empresariais restará severamente prejudicado pelos inadimplementos dos contratantes.

“A disciplina dos contratos empresariais prestigia a tutela do crédito.”¹⁷

9. Confiança e Custos de Transação:

“A disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a legítima expectativa; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas.”¹⁸

10. Usos e Costumes:

“Os usos e costumes geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (i.e., estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança.”¹⁹

11. Forma e Custos de Transação:

Com vistas a garantir que os contratos empresariais cumpram com a função econômica de fazer circular bens, serviços e valores no mercado, os contratos, na conduta mais diligente, assumem caráter instrumental, de modo a garantir maior segurança em relação ao adimplemento das obrigações estabelecidas para as partes dos contratos.

12. Contrato como instrumento de alocação de riscos:

O contrato celebrado entre as partes, ao atribuir responsabilidades e obrigações aloca riscos do negócio desenvolvido por elas.

¹⁷ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

¹⁸ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 95.

¹⁹ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.



13. Contrato e Informações:

“A imposição de padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o incremento do fluxo de relações econômicas.”²⁰

14. Aumento da dependência econômica pelo contrato:

Realizado o devido esforço para alocar os riscos do negócio entre as partes no contrato, pode ser que haja um aumento da dependência econômica entre as partes (ex: cláusula de exclusividade).

15. Conclusão

Como podemos ver, os contratos empresariais possuem algumas características próprias, que nem sempre se aplicam aos demais contratos. Tais características representam vetores da forma de funcionamento de tais contratos.

²⁰ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139



IV. CONTRATOS DE INTERCÂMBIO VS. CONTRATO DE SOCIEDADE VS. CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 152-214.

B) ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares

De forma geral, pode-se dizer que os contratos concretizam e possibilitam a atuação das empresas no mercado, formando seu substrato. Podem ser classificados em duas categorias:

- Contratos de Intercâmbio; e
- Contratos de Sociedade (*i.e.*, em que há “solidariedade de interesses”)

Há ainda os chamados Contratos de Colaboração, que são negócios mercantis que se encontram em situação intermediária às duas classificações referidas acima (=> são “Contratos Híbridos”).

2. Contratos de Intercâmbio:

Nos Contratos de Intercâmbio, o incremento da vantagem econômica de uma parte tende a representar a diminuição do proveito econômico da outra.

Há contraposição entre os interesses das partes contratantes, que se representa pela coparticipação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos.

A contraposição é essencial para caracterização do Contrato de Intercâmbio, que é — em última análise — uma composição de interesses.

3. Contratos de Sociedade:

Agentes econômicos utilizam este instrumento visando a associação ou cooperação visando ao desenvolvimento de atividade mercantil comum. Um



de seus elementos característicos é a “reunião de esforços”, somado à “álea” do empreendimento (i.e., imprevisibilidade concreta).

Duas instituições foram criadas de forma a tentar harmonizar os interesses das demais partes dos contratos de sociedade e incentivar a colaboração mútua, sendo elas:

- (i) limitação de responsabilidade (com a mobilização de capitais); e
- (ii) proporcionalidade entre o capital investido e o poder *interna corporis* dele decorrente, com a consolidação do princípio majoritário.

4. Contratos de Colaboração:

Os Contratos de Colaboração podem ser definidos como tendo forma híbrida. Significa dizer que se situam entre os Contratos de Intercâmbio e de Sociedade, uma vez que há, ao mesmo tempo, plurititularidade e cooperação. Representam uma nova forma de associação capaz de acomodar interesses comuns de diferentes empresas.

Cada vez mais, diversas empresas têm optado por colaborarem entre si buscando um melhor desempenho das suas atividades.

Exemplo:

Fabricante estrangeiro de artefatos de couro de grande valor agregado, que almeja vender produtos no Brasil. Constituição de subsidiária e/ou filial local não é eficiente (altos custos envolvidos e desconhecimento do mercado local). Esse agente econômico opta, então, pela celebração de contrato de distribuição com empresa brasileira.

- Em tal exemplo, as finalidades das empresas contratantes são interdependentes, na medida em que: quanto maiores as vendas ao consumidor final, maiores os proveitos para ambas as empresas contratantes.
- Os Contratos de Colaboração surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos), por meio de Contratos de Sociedade.



4.1 Características dos Contratos de Colaboração:

- São de trato continuado. De forma geral, tendem a se estender no tempo (Diferentemente dos Contratos de Intercâmbio, onde há esgotamento imediato).
- Ausência de comportamento oportunista. Há “dependência” recíproca entre as empresas contratantes.
- Necessidade de visão interdisciplinar, não limitada somente ao Direito. Exemplo: O agente analisa se, em determinada situação, é mais vantajoso para ele comprar determinado bem que ele necessita ou organizar os fatores de produção de forma com que ele mesmo o produza.
- Alocação dos poderes de decisão nos contratos => Princípio do *pacta sunt servanda*.

Contratos de Colaboração:

Nos Contratos de Sociedade, a solução de problemas (discordâncias) rotineiros entre sócios tende a ser resolvida mais facilmente do que entre empresas contratantes em regimes de contrato de colaboração (relação societária ≥ relação contratual).

No ambiente societário, há sempre o princípio majoritário. No ambiente contratual, há necessidade de consenso para a tomada de decisões.

Nos contratos de intercâmbio, a questão se resolve de outra forma. Não há necessidade de alocação de poderes de decisão, pois as partes são totalmente independentes e possuem interesses contrapostos.

Os contratos de colaboração não podem ser tratados como os de intercâmbio e/ou receber o tratamento reservado às sociedades.



V. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 215-250.

Complementar

FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro*. Revista de Direito Mercantil nº 130. São Paulo: Editora Malheiros, abril-junho 2003, págs. 7-38.

B) ROTEIRO DE AULA

Os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores.

Os princípios aplicáveis às relações entre empresários são diferentes! Deve ser evitado o risco de “consumerismo” nas relações entre empresários.

Gênese do Direito Empresarial => Dar condições ao melhor fluxo das relações econômicas mediante a redução de custos de transação.

Paula Forgioni²¹, em referência às lições do jurista Robert Joseph Pothier, ensina que os métodos interpretativos dos contratos empresariais precisam ser submetidos a algumas adequações, adotando como parâmetros, por exemplo:

- Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção comum das partes contratantes do que o sentido gramatical das palavras.
- Qual foi o objetivo das partes ao contratarem?
- Qual a função econômica a ser obtida com o acordo?
- Qual a racionalidade (jurídica) que deve ser considerada como principal elemento interpretativo?

²¹ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 215-250.



- O que, no mercado, normalmente se busca com tal prática?
- Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito e não naquele em que não teria nenhum efeito.
- Se as partes não contratam meramente pelo prazer de contratar, o contrato deve ser concebido de acordo com uma função (=> função econômica => causa) e a interpretação da avença deve levar à sua consecução.
- Deve-se examinar a razão de existência do contrato.
- Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, devem entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato.
- A “natureza do contrato” está ligada à sua tipificação social, ou seja, aos efeitos que dele normalmente decorrem. A “natureza do contrato” liga-se à sua função econômica (i.e., exame dos efeitos socialmente e mercadologicamente esperados).
- Aquilo que em um contrato é ambíguo, interpreta-se conforme os usos e costumes do país (i.e., “premissas implícitas” de Ascarelli).
- Os usos e costumes servem como pauta de interpretação dos contratos.
- A objetivação social dos efeitos típicos torna-os previamente reconhecidos e desejados pelas partes.
- Os usos e costumes são tão importantes na interpretação dos contratos, que se subentendem presentes nos contratos as cláusulas decorrentes dos usos e costumes, mesmo quando as mesmas não constam do contrato.
- Os usos e costumes assumirão função de integração contratual (preenchendo as lacunas que, eventualmente, forem encontradas nas declarações das partes contratantes).
- Uma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo contrato.



- A “unicidade do contrato” deve presidir a interpretação do mesmo.
- O contrato deve ser interpretado em sua integralidade e não apenas em relação a algum aspecto específico.
- Na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa, em descargo daquele que tem contraído a obrigação.

O credor deve imputar a si o não ter se explicado melhor. Em tese, a pessoa em posição de superioridade na relação contratual deve ter a interpretação menos favorável em caso de dúvida.

Artigo 131 do Código Comercial => Revogado pelo Código Civil de 2002, mas mantidos alguns pontos centrais de tal dispositivo legal como parâmetro interpretativo nos Contratos Empresariais:

- Respeito à boa-fé objetiva (e não subjetiva);
- Força normativa dos usos e costumes;
- Vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes (busca pelo “espírito do contrato” e/ou pela “natureza do contrato” e não a intenção de cada uma das partes individualmente considerada);
- Comportamento das partes como forma de chegar à vontade comum (ao “espírito do contrato”);
- Interpretação a favor do devedor; e
- Respeito à autonomia privada.

Questões Fundamentais em relação à Interpretação dos Contratos Empresariais	
Padrão de comportamento (i.e., “ homem ativo e probo ”)	Racionalidade Econômica (i.e., busca do lucro e maximização do valor do investimento)



- Perfil do negócio deriva da função econômica que normalmente é esperada pelos agentes que atuam naquele mercado.
- O parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos “comerciantes acostumados a praticar essa espécie de negócio” e não o do cidadão comum, distanciado daquele *business*.

Código Civil de 2002

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Art. 478. 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 resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.



Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. 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.



VI. CONTRATOS EM ESPÉCIE

VI.1. COMPRA E VENDA MERCANTIL

A) MATERIAL DE LEITURA

Leitura Básica

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 137 — 181.

Leitura Complementar

GILSON, Ronald J. and SCHWARTZ, Alan, *Understanding MACs: Moral Hazard in Acquisitions* (February 2004). Columbia Law and Economics Working Paper No. 245; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 278; Yale Law & Economics Research Paper No. 292. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=515105>> Acessado em 08/07/2014.

B) ROTEIRO DE AULA

1) Conceito

O Contrato de compra e venda é o contrato mais utilizado no cotidiano comercial, destinado a promover a transferência e a aquisição da propriedade de algum bem e/ou direito.

Orlando Gomes conceitua da seguinte forma:

“Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo em contraprestação determinada soma em dinheiro ou valor fiduciário equivalente”

Por sua vez, mas na mesma linha, Caio Mário da Silva Pereira diz que:

“Denomina-se compra e venda o pelo qual uma pessoa se obriga a transferir o domínio de uma coisa a outra pessoa, a qual, por sua vez, se obriga, como contraprestação, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”



Por fim, o Código Civil de 2002 define o contrato de compra e venda da seguinte forma:

“Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

2) Características e Natureza Jurídica dos Contratos de Compra e Venda

Os contratos de compra e venda são marcados por dois momentos, quais sejam:

- i) a celebração do contrato, constitutiva de obrigações para o vendedor de transferir a coisa para a o comprador; e para o comprador de pagar o preço acordado com o vendedor; e
- ii) a efetiva transmissão da propriedade da coisa objeto do contrato pela entrega da coisa pelo vendedor ao comprador.

Dessa forma, percebe-se que o efeito translático de propriedade proveniente do contrato de compra e venda somente se aperfeiçoa com a entrega da coisa pelo vendedor ao comprador²². Nos contratos de compra e venda, na tradição, além de haver a transferência de propriedade do vendedor ao comprador, há, também, a transmissão dos riscos e benefícios inerentes à coisa, de modo que até a entrega da mesma o vendedor suportara o ônus e o ônus de mantê-la e, a partir de sua transferência, quem os suportará será o comprador²³.

- Sinalagmático (ou Bilateral): Envolve prestações recíprocas de ambas as partes. O comprador deve pagar o preço acordado enquanto o vendedor deve entregar a coisa;
- Oneroso: Tanto o comprador quanto o vendedor têm prestações a cumprir, que envolvem transferência de domínio. A gratuidade da compra e venda, expressa na desproporção manifesta entre o valor da coisa transferida e o preço acordado, desfigura a compra e venda. O correspondente gratuito da compra e venda é a doação;

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 146

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 164.



- Consensual e (em regra) Não Solene: Depende apenas da válida e adequada manifestação de vontade das partes. Estando ambas de acordo com o objeto e o preço, o contrato é realizado;
- Translativo de propriedade: em verdade, o contrato de compra e venda não é um ato translativo de propriedade por si só, mas gera obrigação para o vendedor de transferir a propriedade ao comprador, o que efetivamente ocorre com a entrega da coisa ao comprador²⁴.

3) Elementos Caracterizadores do Contrato de Compra e Venda

Consentimento: Comprador e vendedor têm que chegar a um acordo quanto ao objeto e ao preço a ser pago para que o contrato de compra e venda se torne perfeito. O consentimento deverá ser expresso, de modo que o silêncio de uma de comprador ou vendedor em uma oferta de compra ou de venda não importa anuência em comprar ou vender determinada coisa.

Para que o consentimento seja válido será necessário, ainda, que vendedor e comprador sejam partes capazes, pois, caso contrário, o contrato será nulo anulável conforme os casos de incapacidade da pessoa contratante²⁵.

Preço: Deve ser pago em dinheiro (vide artigo 481 do CC); não pode ser irrisório, fictício ou simbólico em relação ao valor da coisa, sob pena de desnaturação do contrato de compra e venda e caracterização de outro tipo contratual; deve ser certo, isto é, determinado ou determinável (vide artigos do CC).

Coisa: “*Todas as coisas que não estejam fora do comércio podem ser objetos do contrato de compra e venda*”. Isso não quer dizer, entretanto, que só podem ser objetos de contratos de compra e venda os bens tangíveis, pois, os bens imateriais ou intangíveis (ex.: fundo de comércio, marcas e direitos de PI em geral) também podem ser alienados.

Com isso, para ser objeto de um contrato de compra e venda, basta que a coisa exista; seja determinada ou determinável; consista em bem disponível e, portanto, alienável; seja de propriedade do vendedor; e não seja propriedade do comprador.

Não obstante, ainda é possível celebrar contratos de compra e venda sobre coisa futura, que ainda não existe, mas que passará a existir e momento futuro (i.e., operação a termo; compra e venda futura; e etc.).

Os três elementos caracterizadores com contrato de compra e venda são elencados no Art. 482 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 147

²⁵ MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 120.



“Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as **partes acordarem** no **objeto** e no **preço**. (grifo nosso).”

4) Da Compra e Venda Mercantil.

Os contratos de Compra e Venda Mercantis, diferentemente dos contratos de compra e venda gerais, são caracterizados por conter pessoa jurídica que pratique atividades comerciais na posição de vendedor.

Por outro lado, assim como nos contratos de compra e venda gerais, nos contratos mercantis a perfeição é alcançada com o acordo entre as partes sobre preço, forma de pagamento e objeto do contrato.

O objeto pode constituir grande quantidade de mercadoria, hipótese em que o contrato será caracterizado como compra e venda em atacado ou poucas unidades de uma mesma mercadoria, hipótese em que o contrato será considerado varejista. O preço, por sua vez, pode ser pago à vista ou a prazo conforme seja combinado entre comprador e vendedor.

5) Venda com Reserva de Domínio.

As partes poderão, ainda, em contratos nos quais a forma de pagamento for parcelada, convencionar o contrato de compra e venda com cláusula de reserva de domínio, em razão da qual a posse do bem alienado é transferida para o comprador desde o início da vigência do contrato, mas o domínio, e, portanto, a propriedade, somente é transferida ao comprador mediante o pagamento da última parcela. Dessa forma o efeito translatício desse ato obrigacional que é o contrato de compra e venda ocorrerá quando for paga a última parcela acordada entre comprador e vendedor, conforme os artigos 521 e 524 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 521. Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago.

(...)

Art. 524. 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.”

A venda com reserva de domínio restringe-se aos bens móveis e exige forma escrita. Afinal, se não há previsão expressa da reserva de domínio, aplica-



-se a regra geral de que a propriedade do bem móvel transfere-se com a tradição do bem.

Para que seja oponível a terceiros, o contrato deve ser registrado no Registro de Títulos e Documentos, conforme disposto no Art. do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 522. A cláusula de reserva de domínio será estipulada por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros.”

6) Compra e Venda sob Amostra.

A compra e venda sob amostra caracteriza-se pela manifestação de vontade positiva do comprador pelo conhecimento de uma amostra do produto. Com isso, o contrato somente se aperfeiçoa com a constatação de que o produto entregue ao comprador possui as mesmas características que a amostra oferecida pelo vendedor, de modo que isso configura condição suspensiva para o aperfeiçoamento do contrato.

7) Compra e Venda Pura Vs. Compra e Venda Condicional.

	Compra e Venda Pura	Compra e Venda Condicional
Elementos do contrato	1.Consentimento 2.Coisa 3.Preço	1.Consentimento 2.Coisa 3.Preço 4.Condições
Aperfeiçoamento do contrato	1.Entrega da coisa	1.Acontecimento de condição: 1.1. Suspensiva (aperfeiçoamento do contrato); ou 1.2. Resolutiva (extingue os efeitos do contrato)

8) Venda a Contento e Sujeita a Prova do Comprador.

As vendas a contento estão são submetidas à condição suspensiva da aprovação da coisa entregue ao comprador, pelo comprador.

Os contratos de compra e venda a contento podem estar submetidos às condições suspensivas de:



1. Prova ou degustação: sob esta condição o contrato somente se aperfeiçoa com a aprovação do produto pelo comprador após prova ou degustação. Em caso de reprovação comprador e vendedor tornam ao *status quo ante* à celebração do contrato.

Isto se diferencia da venda sob amostra, pois no contrato de compra e venda a contento sob condição de prova as características que o produto entregue deveriam ter foram anteriormente estabelecidas entre comprador e vendedor;

2. Peso, medida e contagem: a perfeição do contrato é alcançada com a constatação de que os pesos, medidas e quantidade combinadas foram entregues ao comprador;
3. Experimentação ou ensaio: a perfeição do contrato está sujeita à satisfação do comprador com a experimentação do produto entregue, podendo ser estipulado prazo de experiência, ao fim do qual o silêncio importará anuência;
4. Exame: a satisfação do comprador se faz com o exame da coisa entregue pelo vendedor²⁶.

“Art. 509. 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.

Art. 510. Também a venda sujeita a prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina.

Art. 511. Em ambos os casos, as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la.”

9) Vendas a Termo

Na atividade comercial, quando os contratos de compra e venda realizados envolvem grandes quantidades de produtos e/ou grandes quantias de dinheiro é comum que comprador e vendedor estipulem tempo certo para que determinados fatos ou atos decorrentes da execução do contrato aconteçam. Por essa estrutura contratual comprador e vendedor podem acordar sobre quantidade e preço pelo tempo que durar o e, assim, tornarem-se, em certa

²⁶ MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 142 – 144.



medida, independentes das variações de oferta e demanda por determinado produto no mercado.

10) Principais Obrigações do Vendedor

Observado que o contrato de compra e venda é um ato gerador de obrigações, seguem algumas obrigações do vendedor:

1ª Obrigação: A principal obrigação do vendedor inerente à compra e venda consiste na entrega da coisa, com a transferência de propriedade do vendedor ao comprador (evento translático de propriedade).

- O que acontece se o vendedor não transferir a titularidade do bem vendido?
- Sabendo que a compra e venda tem natureza jurídica consensual, o que poderia ser suscitado pelo comprador?

2ª Obrigação: Responsabilizar-se pela efetiva garantia do comprador sobre a coisa. “Assegurar ao comprador a propriedade da coisa com as qualidades prometidas” (i.e., evicção; vícios redibitórios em relação à coisa; posse útil; regras sobre posse mansa e pacífica etc).

- O que acontece se o bem vendido não é de propriedade e/ou posse do vendedor?
- O que acontece se há insuficiência ativa?

3ª Obrigação: Em regra, até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor. Não obstante disposição diversa acordada em contrato entre vendedor e comprador.

- O que acontece se um bezerro morre durante o transporte do vendedor para o comprador?
- O que acontece em relação às superveniências passivas?

11) Principal Obrigação do Comprador.

A principal obrigação do comprador inerente à compra e venda consiste no pagamento do preço no tempo, forma e lugar convençados.



Na compra e venda à vista, em regra, o vendedor pode exigir que o comprador realize o pagamento do preço antes de entregar a coisa (i.e., direito de retenção).

Na compra e venda a prazo, na qual a coisa é entregue antes da data de vencimento do pagamento do preço, o vendedor pode sobrestar a entrega da coisa em caso de manifesta insolvência do comprador.

12) Preempção ou Preferência

Ao vender um bem, o vendedor pode vir a resguardar seu direito de preempção ou direito de preferência. Assim, caso o comprador queira vender esse bem a terceiros, ele estará obrigado a oferecer o bem ao vendedor, que se pagar o mesmo valor oferecido pelo terceiro (e demais termos e condições), terá preferência sobre ele.

O direito de preempção ou direito de preferência requer os seguintes elementos para existir:

1. O comprador tem que querer vender o bem adquirido;
2. O vendedor tem que querer recomprar o bem, estando disposto a pagar ao comprador o preço que ele tiver conseguido com terceiros; e
3. O vendedor tem que exercer o direito no prazo.

O prazo para exercer o direito de preferência é de 180 dias (se for bem móvel) ou de 2 anos (se for bem imóvel). Na ausência de estipulação, presumir-se-á como sendo 3 dias (para bem móvel) e 60 dias (para bem imóvel).

13) Termos de Comércio Internacional (INCOTERMS) nos Contratos de Transporte

Com a globalização do comércio internacional e a intensa troca de mercadorias e produtos entre países e entre empresas de países distintos, fez-se necessário buscar uma padronização de regras comerciais para viabilizar a celebração de mais contratos em menos tempo e com maior segurança entre as partes contratantes.

Assim, para atender a essa necessidade global de regras de comércio internacional uniformes, a Câmara Internacional de Comércio estipulou as Regras de Comércio Internacional (*International Commercial Terms*) INCOTERMS, lançados em 1936 e reeditados diversas vezes, sendo a última edição a de 2010.



Os INCOTERMS são regras que dizem respeito, sobretudo, a alocação de responsabilidades, direitos e deveres no transporte dos produtos comercializados entre países. Os INCOTERMS 2010 são divididos em quatro grupos de acordo com a letra inicial das siglas, em inglês, de cada regra estabelecida, conforme segue:

Grupo E

- (i) Nos “Contratos de Partida” (**EXW** — Ex Works local da retirada) o comprador assume, com exclusividade, os custos e riscos relativos ao recolhimento das mercadorias do estabelecimento do vendedor, devendo pagar todas as despesas necessárias à tradição dos bens transacionados, inclusive o carregamento no veículo de transporte, seguro e o desembaraço alfandegário.

Grupo F

- (ii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**FCA** — Free Carrier — local indicado) o vendedor assume a responsabilidade pelo pagamento do desembaraço para a exportação e a entrega das mercadorias, no local designado, ao transportador contratado pelo comprador, o qual assume, também, todas as demais despesas.
- (iii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**FAS** — Free Alongside Ship — porto de embarque indicado) o vendedor se obriga a transportar o bem transacionado até um porto determinado, cabendo ao comprador as despesas com o desembaraço para a exportação, embarque das mercadorias, seguros e outras necessárias.
- (iv) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**FOB** — Free on Board — porto de embarque indicado) o vendedor se obriga pelas despesas de transporte da mercadoria até um certo porto e também assume os custos com o embarque da mercadoria no navio e com o desembaraço para a exportação. Todos os demais encargos são do comprador.

Grupo C

- (v) Nos “Contratos de Transporte Principal Pago” (**CFR** — Cost and Freight — porto de destino indicado) o vendedor é responsável pelas despesas relativas à entrega da mercadoria no porto de destino convencionado, responsabilizando-se pelo transporte, embarque e desembaraço para a exportação, mas transferindo ao comprador os



riscos de perda ou dano, em razão de ocorrências havidas após o embarque da coisa vendida no navio atracado no porto de origem.

- (vi) Nos “Contratos de Transporte Principal Pago” (**CIF** — Cost, Insurance and Freight) o vendedor assume todas as despesas com o transporte até um determinado porto, incluindo seguro marítimo e desembarço para a exportação.
- (vii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**CPT** — Carriage Paid to... — local de destino indicado) o vendedor fica responsável pelas despesas com o transporte da mercadoria até uma localidade designada, salvo as relativas à perda ou dano destas, que são transferidas ao comprador.
- (viii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**CIP** — Carriage and Insurance Paid to... — local de destino indicado) o vendedor arca com as despesas de transporte das mercadorias até uma determinada localidade, inclusive as relacionadas com a perda ou dano durante o transporte.

Grupo D

- (ix) Nos “Contratos de Chegada” (**DAF** — Delivered at Frontier — local indicado) o vendedor entrega as mercadorias na fronteira de dois países, na localidade convencionada, pagando todas as despesas decorrentes, inclusive o desembarço para exportação.
- (x) Nos “Contratos de Chegada” (**DES** — Delivered Ex-Ship — porto de destino indicado) compete ao vendedor todas as despesas até o atracamento do navio no porto de destino acordado, inclusive o seguro, cabendo ao comprador as despesas com o desembarço para importação, custos e riscos de desembarque.
- (xi) Nos “Contratos de Chegada” (**DEQ** — Delivered Ex-Quay — porto de destino indicado) o vendedor se obriga por todas as despesas até o desembarque das mercadorias do porto de destino designado, colocando-as disponíveis ao comprador no respectivo cais, arcando o não com o desembarço alfandegário para importação.
- (xii) Nos “Contratos de Chegada” (**DDU** — Delivered Duty Paid — local de destino indicado) o vendedor se obriga pelos encargos com o transporte das mercadorias até uma determinada localidade no



país de importação, sendo que o pagamento dos impostos e taxas relativos a esta cabe ao comprador.

- (xiii) Nos “Contratos de Chegada” (**DDP** — Delivered Duty Paid — local de destino indicado) o vendedor coloca as mercadorias disponíveis ao comprador no local designado, no país de importação, respondendo, em decorrência, pelas despesas de transporte, seguro e desembaraço para a importação.



VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE

BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

GOMES, Orlando, *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, 25ª Edição. Págs. 365-379.

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 152-214.

Complementar

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, págs. 729-773.

ORLANDO, Gomes. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, págs. 357-379.

ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares:

Os Contratos concretizam e possibilitam a atuação das empresas no mercado, formando seu substrato, podem ser classificados em duas categorias: (i) Contratos de Intercâmbio; e (ii) Contratos em que há “solidariedade de interesses” (i.e., contratos de sociedade).

Os Contratos de Colaboração são os negócios mercantis que se encontram em situação intermediária às duas classificações referidas acima. São, portanto, contratos híbridos.

De um lado, a Compra e Venda Mercantil consolidou-se na prática comercial como o grande emblema dos assim chamados “**Contratos de Intercâmbio**” (i.e., meio tradicional para relações de troca na exploração da atividade comercial).

De outro lado, outras relações contratuais têm sido desenvolvidas pelo comércio com vistas ao fornecimento de bens, produtos e serviços ao mercado consumidor. São elas a Comissão; a Representação Comercial; a Concessão



Mercantil; a Franquia; e a Distribuição, que usualmente são agrupados na categoria dos “**Contratos de Colaboração**”.

2. Conceito.

Os contratos de colaboração empresarial têm como feição característica de atribuir obrigação a um dos contratantes (*colaborador*) a responsabilidade de criar ou ampliar mercado em relação aos bens e/ou serviços do outro contratante (*fornecedor*).

Em termos concretos, o colaborador se obriga a fazer investimentos em divulgação, propaganda, manutenção de estoques, treinamento de pessoal e outros destinados a despertar, em consumidores, o hábito de adquirir os bens, produtos e/ou serviços do fornecedor.

Dependendo da espécie de colaboração contratada, os investimentos na criação ou consolidação do mercado são maiores ou menores; a obrigação de realizá-los, contudo, é inerente aos contratos de colaboração empresarial.

Em não se contratando a obrigação de abrir, consolidar ou desenvolver mercado para os bens, produtos e/ou serviços, o contrato mercantil não se classifica como Contrato de Colaboração.

É este, por exemplo, o caso do Contrato de Fornecimento de Mercadorias (que, ao final das contas, é uma série de Contratos de Compra e Venda Mercantil, em que há interesse de comercialização da maior quantidade possível de bens, produtos e/ou serviços, mas não há a obrigação e/ou preocupação por parte do *fornecedor* em criar mercado para a coisa comprada).

Os Contratos de Colaboração, em razão da obrigação essencial que os caracteriza, possuem por marca comum uma subordinação empresarial estabelecida entre as partes.

O contratado deve organizar-se empresarialmente da forma definida pelo contratante, seguindo as orientações e determinações advindas deste (i.e., subordinação empresarial, mas não subjetiva).

Através de um Contrato de Colaboração, o colaborador contratado (comissário, representante, concessionário, franquiado ou distribuidor) se obriga a colocar junto aos interessados as mercadorias comercializadas ou produzidas pelo fornecedor contratante (comitente, representado, concedente, franqueador ou distribuído), observando as orientações gerais ou específicas fixadas por este.

- **A colaboração empresarial pode ser de duas espécies: (i) por aproximação; ou (ii) por intermediação.**



Na colaboração por aproximação, o colaborador não é intermediário, ou seja, não adquire os bens, produtos e/ou serviços para revendê-los. Apenas identifica potenciais interessados.

- O comitente e o representante comercial são colaboradores por aproximação.
- São remunerados por percentual dos negócios que ajudam a viabilizar.

Na colaboração por intermediação, o colaborador celebra com o fornecedor um contrato de compra e venda; adquire os bens, produtos e/ou serviços para os revender.

- O concessionário e o franqueado são colaboradores por intermediação;
- Não há remuneração por serviços;
- Colaborador ganha com o resultado positivo de sua atividade empresarial;

O Contrato de Distribuição pode classificar-se em uma outra categoria. Na distribuição-aproximação (às vezes denominada “agência”), o distribuidor não ocupa um elo próprio na cadeia de circulação de mercadorias (isto é, não compra produto do distribuído para os revender, mas encontra terceiros com interesse em fazer a compra), enquanto na distribuição-intermediação, ocupa.

3. Agência ou Representação Comercial:

O contrato de Agência ou Representação Comercial é o instrumento pelo qual uma das partes (representante comercial autônomo) se obriga, em localidade delimitada, a obter pedidos de compra e venda de mercadorias fabricadas ou comercializadas pela outra parte (representado ou preponente). Na representação comercial, não há, em regra, vínculo societário e/ou empregatício entre o representado e o representante comercial autônomo, sendo esta a principal característica desse tipo de contrato.

Sob o ponto de vista econômico, a representação comercial poderia ser entendida como espécie do gênero mandato, mas, juridicamente, este enfoque estaria equivocado.



3.1 Principais elementos

- Obrigação do representante de promover a conclusão por conta do preponente;
- Recorrência na prestação do serviço;
- Autonomia para organizar suas atividades (i.e. carga horária de trabalho, itinerários);
- Delimitação territorial do local onde deve ser prestado o serviço;
- Direito do representante à retribuição da zona do serviço prestado;
- Exclusividade e independência de ação.

Atividade desenvolvida pelo representante comercial possui disciplina jurídica própria. Trata-se de atividade autônima. Além disso, o representante comercial não tem poderes para concluir a negociação em nome do representado. Deste modo, cabe ao representado aprovar ou não os pedidos de compra obtidos pelo representante.

Diferentemente da representação comercial, no mandato, o mandatário recebe poderes para negociar em nome do mandante.

3.2 Características do Representante Comercial

- Autonomia com que age na intermediação (i.e. o representante não é um empregado da empresa que serve);
- Habitualidade da prestação de serviços realizada em prol do representado (i.e. caráter não eventual);
- Não é um mandatário (i.e. os negócios agenciados são retransmitidos ao comitente e são por este aceitos).

3.3 Contrato de Representação Comercial

A Lei no. 4.886/1965 (“LRC”), com as alterações introduzidas pela Lei no. 8.420/1992, é a legislação aplicável à Representação Comercial, sendo que o contrato de representação comercial deve ser celebrado por escrito e observar os requisitos do artigo 27 da Lei no. 4.886/1965.



“Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

- 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;*
- 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 efetiva realização dos negócios, e 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. 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.”*

São, usualmente, as principais obrigações do representante comercial autônomo:

- Obter, com diligência, pedidos de compra e venda, em nome do representado, ajudando-o a expandir o seu negócio e promover os seus produtos (art. 28 da LRC);
- Observar, se prevista, a cota de produtividade, ou seja, um número mínimo de pedidos a cada mês;
- Seguir as instruções fixadas pelo representado (art. 29 da LRC);
- Informar o representado sobre o andamento dos negócios, nas oportunidades definidas em contrato ou quando solicitado (art. 28 da LRC) e prestar-lhe contas;
- Observar as obrigações profissionais (art. 19 da LRC); e
- Respeitar a cláusula de exclusividade de representação, se expressamente pactuada (artigos 31, §ú., e 41).



São, usualmente, as principais obrigações do representado:

- Pagar a retribuição devida ao representante, assim que o comprador efetuar o seu pagamento ou, antes, se não manifestar recusa por escrito no prazo de 15, 30, 60 ou 120 dias, conforme a localização do seu domicílio (mesma praça, mesmo Estado, Estado diverso ou exterior, respectivamente — arts. 32 e 33);
- Respeitar a cláusula de exclusividade de zona, pela qual lhe é obstado vender os seus produtos em uma determinada área delimitada em contrato, senão através do representante contratado para atuar naquela área. Caso um negócio se concretize sem a observância dessa condição, o representante tem direito à comissão correspondente (art. 31).

3.4 Da rescisão contratual e das indenizações

A lei estabelece as indenizações devidas pela rescisão do contrato de representação comercial. Nos contratos com prazo indeterminado, firmados há mais de 6 meses, a parte que denunciar está obrigada a conceder pré-aviso de 30 dias ou, senão, pagar indenização correspondente a 1/3 das comissões referentes aos últimos 3 meses. Trata-se de rescisão imotivada (art. 34).

O representado poderá promover a rescisão do contrato quando o representante incorre em determinadas práticas definidas em lei (desídia no cumprimento das obrigações contratuais, atos que importem em descrédito comercial do representado, condenação definitiva por crime infamante, por exemplo) ou havendo força maior (art. 35). Neste caso, nenhuma indenização será devida ao representante e, neste ainda poderá ser responsabilizado, com base no direito civil (vide art. 475 CC2002) pelos danos que causou ao representado.

Por outro lado, o representante poderá rescindir o contrato quando o representado a isto der causa, incorrendo em certas práticas elencadas em lei (inobservância da cláusula de exclusividade, mora no pagamento da comissão, fixação abusiva de preços na zona do representante, por exemplo) ou quando se verificar a força maior (art. 36).

Nesta hipótese, o representante terá direito à indenização prevista em contrato por prazo indeterminado, nunca inferior a um doze avos do total das retribuições auferidas, monetariamente atualizadas (art. 27, *alínea j*).



Se o contrato tinha sido firmado com prazo determinado, a indenização será equivalente à multiplicação de metade do número de meses contratados pela média mensal das retribuições auferidas.

Também na hipótese de rescisão do contrato por prazo indeterminado feita unilateralmente pelo representado, nos termos do art. 34, tem-se considerado devida indenização em favor do representante.

4. Distribuição

A criação, consolidação ou ampliação de mercados, através da colaboração empresarial, podem resultar de atos do colaborador de aproximação ou de intermediação.

- **Aproximação:** O colaborador identifica pessoas interessadas em adquirir (e, no caso da comissão, também vender) produtos do outro empresário contratante.
- **Intermediação:** O colaborador adquire os produtos (e, no caso da franquia, também os serviços) do outro contratante e os oferece de novo ao mercado.

O contrato de distribuição é modalidade de colaboração empresarial que se pode enquadrar em qualquer uma dessas espécies.

4.1 Conceito

O Código Civil de 2002 define o contrato de distribuição da seguinte forma:

“Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.”

Se faltar à distribuição-aproximação o último requisito, isto é, se o distribuidor não tiver em mãos as mercadorias que promove, o contrato é denominado “agência” (vide art. 710 do Código Civil).



A distribuição-aproximação e a agência são contratos típicos (regidos pelo Código Civil e sujeitos às mesmas regras). É-lhes inerente a definição, no escopo do contrato, de uma base territorial para identificação do mercado em que as partes manterão a colaboração (“zona de atuação”).

4.2 Principais Características do Contrato de Distribuição

O contrato de distribuição consiste em instrumento:

- Bilateral;
- Oneroso;
- De prestações sucessivas;
- Consensual;
- Formal; e
- Em geral, de adesão.

O contrato de distribuição tem natureza de contrato típico, posto que a lei atribui direitos e deveres às partes, mas a doutrina também o caracteriza como “*misto*”, com explicação de Rubens Requião em *apud, in verbis*:

*“pois conjuga em seu bojo um contrato de compra e venda dos produtos distribuídos, um contrato de fornecimento de estoques e mercadorias específicas, um contrato de prestação de serviço de assistência técnica, um contrato de uso de marca e outros contratos todos a serviço de mais fácil e segura comercialização do produto.”*²⁷

4.3 Do contrato

O contrato de distribuição tem como objeto, nos termos de Arnaldo Rizzardo,

*“... a comercialização dos bens produzidos e fornecidos pelo fabricante, e a prestação de serviços de assistência técnica e mecânica aos bens, sendo que, quanto a esta, bem como quanto à venda de componentes, admite-se a contratação junto a empresa distinta daquela que comercializa a venda...”*²⁸

Este contrato tem como cláusulas implícitas a de exclusividade de distribuição (pela qual o distribuidor ou agente não podem trabalhar para outros proponentes na zona de atuação) e de exclusividade de zona (pela qual o proponente deve abster-se de realizar negócios na zona de atuação, a não ser com os aproximados pelo distribuidor ou agente).

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 760. *Apud*: Rubens Requião.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 758.



Em forma de garantia do cumprimento dessas obrigações, a lei assegura ao distribuidor ou agente o direito à remuneração pelos negócios realizados pelo proponente em desrespeito à cláusula de territorialidade, conforme art. 714 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.”

4.4 As Principais Obrigações das Partes

- Obrigação principal do proponente: Pagar a comissão, podendo o contrato condicioná-la ao efetivo pagamento do preço pelo terceiro adquirente das mercadorias.
- Obrigação principal do distribuidor ou agente: Encontrar interessados em adquirir os produtos do proponente e, encontrando-os, receber deles pedido de compra.

O proponente não está obrigado a aceitar todos os pedidos de compra encaminhados pelo distribuidor ou agente, mas também não pode recusá-los todos imotivadamente, cessando o ritmo da colaboração. Se o fizer, o proponente deve indenizar o distribuidor ou agente conforme o art. 715 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 715. 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.”

4.5 Da Distribuição-Intermediação

Os contratos de distribuição podem ser de distribuição-aproximação e distribuição-intermediação. Na distribuição-aproximação, o distribuidor ou agente são remunerados por um percentual dos negócios que ajudam a realizar (comissão). Por outro lado, a distribuição-intermediação é contrato atípico (não disciplinado em lei). É o contrato celebrado entre distribuidores de combustível e os postos de abastecimento de suas bandeiras; fábricas de cerveja e atacadistas em geral e etc.

A distribuição-intermediação caracteriza-se, independentemente da denominação dada pelo instrumento contratual, pela obrigação que um empresá-

rio (distribuidor) assume perante o outro (distribuído) de criar, consolidar ou ampliar o mercado dos produtos deste último, comprando-os para revender.

Quando presente esta última característica no contrato de colaboração, não se aplicam as normas do Código Civil sobre agência ou distribuição-aproximação, pois nem sempre estas são compatíveis com a estrutura e função econômica dos contratos atípicos que vierem a ser formalizados em regime de distribuição-intermediação.

Na distribuição **atípica** (por intermediação), aplicam-se apenas os direitos e obrigações que vierem a ser negociados e acordados entre distribuidor e distribuído, de modo que não há balizamentos legais e/ou consequências específicas previstas para violações de contrato.

	Distribuição-aproximação	Distribuição-intermediação
Elementos Comuns	1. Interdependência (convergência de interesses) a. Ganhos b. Perdas c. Realização de investimentos 2. Subordinação empresarial	
Elementos Específicos	Não adquire bens ou serviços	Adquire bens ou serviços
	Comissão	Concessionário
	Representação Comercial	Franqueado

5. Concessão Comercial:

5.1 Conceito

A concessão comercial trata-se de contrato atípico em que determinado empresário (concessionário) se obriga a comercializar, com ou sem exclusividade, com ou sem cláusula de territorialidade, os produtos fabricados por outro empresário (concedente), nas condições estipuladas pelo último.

Nesses contratos, a cláusula de exclusividade se reflete no dever assumido pelo concessionário de não comercializar com produtos diversos dos fabricados pelo concedente. Por outro lado, a cláusula de territorialidade se reflete na proibição de o concedente comercializar, direta ou indiretamente, na área de atuação reservada ao concessionário.

Arnaldo Rizzardo justifica o uso dessa forma de contratação da seguinte forma:

“O concedente, para fazer chegar até o público os seus produtos, ao invés de constituir ele mesmo uma série de sucursais, agências ou



filiais, contrata a concessão com o monopólio de revenda, ou estabelece uma rede de concessionários, submetendo as empresas revendedoras ou distribuidoras ao seu controle, com o escopo de constituir um aparelho comercial integrado aos seus interesses.”²⁹

5.2 Da Concessão Comercial da Venda de Automóveis

A concessão comercial da venda de automóveis, diferentemente dos contratos de concessão comercial genéricos, trata-se de contrato típico, disciplinado especificamente pela Lei nº 6.729/79, que engloba automóveis, ônibus, tratores, motocicletas e similares. Essa forma contratual consiste em instrumento pelo qual o fabricante de automóveis (concedente) permite que um empresário seja seu concessionário e, assim, venda os produtos do concedente com exclusividade em determinada área e sob as condições estipuladas pelo fabricante de automóveis.

Da lei específica que disciplina os contratos de concessão comercial sobre a venda de automóveis, consta o objeto do instrumento no Art. 3º, *in verbis*:

“Art. 3º Constitui objeto de concessão:

I — a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor;

II — a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão;

III — o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.”

5.3 Características da Concessão Comercial da Venda de Automóveis

Aos contratos de concessão comercial da venda de automóveis são inerentes as seguintes características:

- Consensual;
- Bilateral;
- Oneroso;
- Formal;
- De execução continuada; e
- De adesão.

Essas características se confirmam no artigos 20 e 21 da Lei 6.729/79, *in verbis*:

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pág. 755.

“Art. 20. A concessão comercial **entre produtores e distribuidores de veículos** automotores será ajustada em contrato que obedecerá **forma escrita padronizada** para cada marca e especificará produtos, área demarcada, distância mínima e quota de veículos automotores, bem como as condições relativas a requisitos financeiros, organização administrativa e contábil, capacidade técnica, instalações, equipamentos e mão-de-obra especializada do concessionário.

Art. 21. A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de **prazo indeterminado** e somente cessará nos termos desta lei.

Parágrafo único. O contrato **poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado**, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.” (grifo nosso).

Assim como nos contratos de concessão comercial genéricos, na concessão comercial sobre a venda de automóveis é comum a existência de cláusulas de exclusividade e territorialidade, de modo que o Art. 5º da Lei 6.729/79 as consideram inerentes a esse tipo contratual:

“Art. 5º São inerentes à concessão: (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)

I — **área operacional** de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades; (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)

II — **distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários** da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)” (grifo nosso).

5.4 Das Obrigações de Concedente e Concessionário

Usualmente, as principais obrigações assumidas pelo concedente são:

- Permitir, gratuitamente, o uso de suas marcas pelo concessionário (Lei 6729/79, Art. 3º, inciso. III);



- Vender ao concessionário os veículos de sua fabricação, na quantidade prevista em cota fixada de acordo com a estimativa de produção do mercado interno e a capacidade empresarial, desempenho e potencial de vendas do concessionário (Lei 6729/79, Art. 7º);
- Observar, na definição da área operacional de cada concessionária, distâncias mínimas segundo o critério de potencial de mercado (Lei 6729/79, Art. 5º, inc. II);
- Não vender, diretamente, os veículos de sua fabricação na área operacional de uma concessionária, salvo à Administração Pública, direta ou indireta, ao Corpo Diplomático ou a clientes especiais (Lei 6729/79, Art. 15, inc. II).

Usualmente, as principais obrigações assumidas pelo concessionário são:

- Respeitar a cláusula de exclusividade, se houver (i.e., não comercializar com nenhum outro veículo senão o fabricado pelo concedente, caso prevista esta vedação em contrato);
- Observar o índice de fidelidade para a aquisição de componentes que vier a ser estabelecido, de comum acordo com os demais concessionários e concedente, na Convenção de Marca (Lei 6729/79, Art. 8º, parágrafo único, inciso I);
- Comprar do concedente os veículos na quantidade prevista na conta respectiva, sendo-lhe facultado limitar o seu estoque (Lei 6729/79, Art. 10, parágrafo 1º); e
- Organizar-se, empresarialmente, de forma a atender os padrões determinados pelo concedente para a comercialização dos veículos e para a assistência técnica aos consumidores (Lei 6729/79, Art. 20).

6. Comissão Mercantil (ou Empresarial)

Trata-se de vínculo contratual em que um empresário (comissário) se obriga a realizar negócios mercantis por conta de outro (comitente), mas em nome próprio, assumindo, portanto, responsabilidade pessoal pelos atos praticados.

Nesta forma de contratação, o comissário concretiza operações comerciais do interesse do comitente, mas este não participa dos negócios, podendo até permanecer incógnito.

A comissão mercantil consiste em contrato normalmente empregado em operações nas quais o comprador ou vendedor de mercadorias, muitas vezes, prefere não ser conhecido.

O contrato de comissão assemelha-se ao mandato. Em ambos, uma pessoa (comissário ou mandatário) se obriga a praticar atos em nome de outra pessoa (comitente ou mandante). A diferença fundamental da comissão em relação ao mandato consiste na imputação da responsabilidade perante terceiros.

- O mandatário (porque pratica atos e realiza negócios em nome do mandante) não responde se agir nos limites dos poderes outorgados; e
- O comissário (porque pratica atos e realiza negócios em nome próprio) será parte no contrato e responderá nos termos pactuados.

Salvo no que contrariar esta diferença, aplica-se à comissão a disciplina normativa do mandato (artigo 709 e seguintes do Código Civil).

A doutrina entende que, uma vez que o comitente não é parte no contrato celebrado entre o comissário e o comprador, não existe qualquer relação entre ele e o comprador, de forma com que nenhum deles pode exigir do outro obrigação de qualquer espécie³⁰. No entanto, uma vez que as negociações levadas a efeito pelo comissário atendem, na verdade, aos interesses do comitente, apesar de o comitente não ser parte direta do contrato celebrado entre o comissário e o comprador, a doutrina tem evoluído no sentido de admiti-lo como sendo titular do crédito, apesar de quem o ser, formalmente, ser o comissário³¹.

Perante o comitente, o comissário tem a obrigação de observar as instruções expendidas (CC/2002, art. 695 a 704), bem como zelar pelos bens a ele confiados, agindo com diligência e lealdade (CC/2002, art. 695); e prestar contas do movimento econômico do contrato (CC/2002, art. 668 e 709).

Perante o terceiro, o comissário tem todas as obrigações decorrentes do contrato realizado, posto que inexistente qualquer relação jurídica entre aquele e o comitente.

Por outro lado, o comissário tem direito a comissão (i.e., remuneração pelos serviços). Esta varia de acordo com o valor e natureza do negócio a ser praticado.

A presença do comissário gera um afastamento entre o comitente e os terceiros que negociam com o comissário, em função do encargo contratual. O comissário, salvaguardando o anonimato para o comitente, confere-lhe

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 735.

³¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 362.



maior segurança, pois só o comissário realiza as relações jurídicas com os clientes, evitando ao principal interessado nas operações suportar ações da parte dos clientes.

Representação Imperfeita: O comissário não age em nome do comitente, ele apenas representa os interesses deste, de forma que não é seu representante direto. Sendo assim, a comissão traz a figura da Representação Indireta ou Imperfeita.

Podemos dizer que a comissão produz efeitos equivalentes ao mandato, no entanto sem representação, pois na comissão o comissário age em nome próprio, ao passo que no mandato o representante age em nome do representado. A diferença entre estes instrumentos jurídicos está no modo de agir e não pelo modo de produção de efeitos.

Da legalidade: Ao comissário é vedado que ultrapasse os limites estabelecidos no exercício das suas atividades. No entanto, a lei permite e justifica o excesso em dois casos. O primeiro caso quando o excesso gera exclusivamente benefícios ao comitente e o segundo quando a finalização da operação não cabe retardamento. Para ambos os casos a aprovação do comitente sana o excesso, podendo ser expressa ou tácita.

Direitos e Obrigações do Comissário: A principal obrigação do Comissário é concluir o negócio e apesar de agir em nome próprio não tem plena liberdade e deve agir sempre considerando os limites estabelecidos pelo comitente.

Para todas as despesas suportadas pelo comissário com objetivo de conclusão do contrato, atendendo aos interesses do comitente, o comissário terá direito ao reembolso, exceto se estipulado em contrato de forma contrária. Por todos os serviços prestados o comissário terá direito a remuneração, a ser paga pelo comitente na conclusão do negócio. Em caso de sucesso parcial, sua remuneração será proporcional ao êxito dos trabalhos realizados.

6.1 Responsabilidades do comissário

- Pelo prejuízo a que der causa;
- Pela não prestação de contas;
- Pela não conservação dos bens confiados;
- Pelos excessos cometidos no exercício da representação.



6.2 Direitos e Obrigações do Comitente

Ao Comitente caberá o cumprimento e execução do contrato. Por exemplo: se o negócio era a venda de produtos, deverá o Comitente disponibilizar os mesmos ao Comissário no tempo previsto para sua entrega.

Para os casos em que os produtos forem disponibilizados antes do prazo da entrega ao Comissário, este tornar-se consignatário dos produtos, e esta operação é caracterizada por consignação. Desta forma, os produtos do comitente são postos à disposição do comissário, por meio de uma consignação, que o credencia a vendê-los aos consumidores em nome do próprio. Perante estes, o vendedor é o comissário e não o comitente.



VIII. CONTRATOS EM ESPÉCIE

MATERIAL DE LEITURA

Leitura Básica

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum.* Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 485 — 495.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, Volume I. 16ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012. PP. 186 — 194; 371.

Leitura Complementar

SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. pp. 1-49; 139-154.

ROTEIRO DE AULA

1) Conceito

Regido pela Lei 8.955/1994, o contrato de franquia consiste no instrumento pelo qual um comerciante (franquiador — *franchisor*) licencia o uso de seu nome, sua marca e/ou produtos a outro (franquiado — *franchisee*) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. A franquia consiste, pois, na conjugação de dois contratos: (1) o de Licenciamento de Uso de Marca; e (2) o de Organização Empresarial.

A Lei 8.955/1994, que disciplina a celebração de contratos de franquia, os definem conforme o constante do seu Art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º 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 semi-exclusiva 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.”



Pelo contrato de franquia, com a colaboração do franqueador, o franqueado, com algum capital, pode estabelecer-se sem precisar proceder ao estudo e equacionamento de muitos dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativa, treinamento de funcionários e técnicas de *marketing*. Isto porque os aspectos encontram-se já suficiente e devidamente equacionados pelo titular de uma marca de comércio, produto ou serviço e fornece ao franqueado os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio.

2) Natureza Jurídica e Características do Contrato de Franquia

O contrato de franquia não é um contrato típico, pois, nem a lei que o disciplina nem o Código Civil de 2002 definem os direitos e obrigações de franqueador e franqueado, de modo que o contrato oferece amplo espaço para a alocação de responsabilidades. Sendo contrato atípico, o contrato de franquia acumula características de outros tipos de contratos, como os de concessão exclusiva, os de fornecimento e distribuição³².

Não obstante, o contrato de franquia trata-se de instrumento:

Consensual: depende da manifestação de vontade positiva de franqueador e franqueado em celebrar o contrato;

Bilateral: instrumento atípico que gera obrigações para franqueador e franqueado;

Oneroso: gera vantagens e desvantagens para franqueador e franqueado;

Solene: conforme disposição do Art. 6º da Lei 8.955/1994, *in verbis*:

“Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.”

Prestação Sucessiva: trata-se de contrato de execução em prestações sucessivas com até a data do termo do contrato, posto que deve ter duração por tempo determinado.

Os polos do contrato de franquia são ocupados pelo franqueado e pelo franqueador. De um lado, normalmente, o franqueado dispõe de recursos e deseja constituir uma empresa comercial ou de prestação de serviços. Contudo, na maioria das vezes, não tem os conhecimentos geralmente necessários

³² MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 490.



ao sucesso do empreendimento nem os pretende ter. Do outro lado, há o franqueador (titular de marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à implantação de filiais).

Pelo contrato de franquia, o franqueado adquire do franqueador os serviços de organização empresarial e mantém com os seus recursos, mas com estrita observância das diretrizes estabelecidas por este último, um estabelecimento que comercializa os produtos ou presta os serviços da marca do franqueador.

Há vantagens para ambos os lados: (a) franqueador (amplia a oferta da mercadoria e serviço sem aporte de capital); (b) franquiado (desenvolve negócio consolidado perante o público e sem encargos de marketing e criação de produto).

Os serviços de organização empresarial que o franqueador presta ao franquiado são, geralmente, os decorrentes de 3 (três) contratos:

Engineering: Franqueador define, projeta ou executa o layout do estabelecimento do franquiado.

Management: Relativo ao treinamento dos funcionários do franqueador e à estruturação da administração do negócio.

Marketing: Pertinente às técnicas de colocação dos produtos ou serviços junto aos seus consumidores, envolvendo estudos de mercado, publicidade, vendas promocionais, lançamento de novos produtos ou serviços e etc.

A franquia é um contrato atípico. Entretanto, no contrato, costuma-se atribuir os seguintes encargos típicos aos franquiados:

- Pagamento de taxa de adesão de um percentual do seu faturamento;
- Pagamento pelos serviços de organização empresarial fornecidos pelo franqueador;
- Obrigação de oferecer aos consumidores apenas os produtos ou serviços da marca do franqueador, por ele fabricados, aprovados ou simplesmente indicados;
- Observar, estritamente, as instruções, preço de venda ao consumidor, característica do produto e outros cuidados institucionais, estabelecidos pelo franqueador;



- Por outro lado, o franqueador tem, normalmente, as seguintes obrigações:
 - o Permitir ao franquiado o uso de sua marca; e
 - o Prestar os serviços de organização empresarial.
- A Lei no. 8.955/1994, embora discipline determinados aspectos da franquia, não a tornou modalidade de contrato típico;
- Ao contrário, as relações entre franqueador e franquiado continuam regendo-se exclusivamente pelas cláusulas contratualmente pactuadas;
- Tal legislação visa a assegurar transparência nas negociações que antecedem a negociação da adesão do franquiado à franquia.

3) Da Circular de Oferta de Franquia.

Nos termos do Art. 3º da Lei 8.955/1994 o contrato de franquia precede de circular de oferta de franquia, que deverá conter:

- 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;
- balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;
- 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;
- descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;
- perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;



- requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;
- 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;
- 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;
- 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;
- 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;
- informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;
- 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;
- situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial — (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;
- 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;
- 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.³³

³³ Artigo 3º da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994.



IX. CONTRATOS FINANCEIROS

BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 311 — 328; 201 — 206; 586 — 587; 503 — 522.

ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares

Usualmente, referem-se como Contratos Financeiros aqueles destinados a estabelecer vínculos jurídicos no âmbito do Mercado Financeiro.

O Mercado Financeiro, por sua vez, corresponde ao conjunto de instituições e instrumentos destinados a oferecer alternativas de aplicação e captação de recursos financeiros. De forma resumida, diz-se que o Mercado Financeiro é aquele destinado ao fluxo de recursos financeiros entre poupadores³⁴ e tomadores³⁵.

De forma geral, sustenta-se que, dentre outras funções, o Mercado Financeiro exerce as importantes funções de: (1) aprimorar a utilização dos recursos financeiros; e (2) criar condições de liquidez, fluxo de recursos e administração de riscos econômico-financeiros.

Sendo assim, pode-se dizer que os Contratos Financeiros servem como alguns dos principais mercantismos por meio dos quais o Mercado Financeiro desempenha estas funções.

Analisaremos algumas das principais espécies de Contratos Financeiros neste tópico do nosso curso.

2. Empréstimos vs. Financiamentos

Inicialmente, antes de iniciarmos a abordagem técnico-jurídica dos Contratos Financeiros, é importante analisar uma contraposição de significados, cuja percepção é de sutileza inúmeras vezes escapável aos aplicadores do Direito de forma geral.

³⁴ **Poupadores** (Unidades Econômicas Superavitárias) => Aqueles que apresentam desejo de investir inferior à capacidade de poupança, ou seja, dispõem de recursos financeiros excedentes.

³⁵ **Tomadores** (Unidades Econômicas Deficitárias) => Aqueles que apresentam desejo de investir superior à capacidade de poupança, ou seja, demandam recursos financeiros além do que possuem.



O que é um empréstimo?

É o negócio jurídico por meio do qual determinado sujeito de direito recebe (i.e., entrega => tradição efetiva) temporariamente determinado bem, com a obrigação de restituí-lo em determinado prazo.

Sob o ponto de vista jurídico, com base nos conhecimentos absorvidos nas nossas disciplinas de Obrigações e Responsabilidade Civil e de Direito dos Contratos, sabemos — inclusive — que os empréstimos são contratos típicos, que — de forma geral — estão previstos nos artigos 579 a 592 do Código Civil, sendo segregados nas espécies:

- (i) comodato, que é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (cf. previsão dos arts. 579 a 585 CC); e
- (ii) mútuo, que é o empréstimo de coisas fungíveis (podendo ser gratuito ou oneroso) (cf. previsão dos arts. 586 a 592 CC).

Na dinâmica dos Contratos Financeiros, dedicaremos atenção às operações de mútuo, que são aquelas tendentes a serem inseridas no Mercado Financeiro, promovendo o empréstimo de dinheiro, ações e valores mobiliários em geral, dentre outras coisas fungíveis.

Feita esta reflexão...

O que é um empréstimo bancário?

Diz-se, usualmente, que o empréstimo bancário é contrato entre cliente e determinada instituição financeira, por meio do qual a instituição financeira empresta uma determinada quantia ao cliente, que deverá devolvê-la à instituição financeira, de acordo com os termos e condições acordados (inclusive, mas não apenas, no que tange aos valores, à forma de pagamento e aos juros incidentes no período).

O que é um financiamento?

Da mesma forma que o empréstimo bancário, o financiamento é contrato entre cliente e determinada instituição financeira, por meio do qual a instituição financeira empresta uma determinada quantia ao cliente, que deverá devolvê-la à instituição financeira, de acordo com os termos e condições



acordados (inclusive, mas não apenas, no que tange aos valores, à forma de pagamento e aos juros incidentes no período).

Entretanto, no contrato de financiamento, há especificação obrigatória da finalidade para a qual os recursos deverão ser destinados.

Qual a diferença entre empréstimo e financiamento?

Nos contratos de financiamento, há previsão contratual de uma destinação específica para a utilização dos recursos tomados em empréstimo. Por exemplo, financiar os custos e despesas de determinado projeto; adquirir determinado bem; e etc.

Feitas estas considerações gerais e o entendimento mercadológico do tema, passaremos ao estudo de cada uma das seguintes espécies de contratos financeiros: (i) Arrendamento Mercantil (*Leasing*); (ii) Faturização (*Factoring*); (iii) Cartão de Crédito; e (iv) Mútuo Financeiro.

Ao final, também analisaremos algumas modalidades de operações de financiamento destinadas, precipuamente, ao setor industrial, imobiliário e agrícola, que combinam elementos dos Títulos de Crédito com os Contratos Empresariais, quais sejam: (i) CCB — Cédula de Crédito Bancário; (ii) LCI — Letra de Crédito Imobiliário; (iii) CCI — Cédula de Crédito Imobiliário; e (iv) Cédula de Crédito Rural ou Industrial³⁶.

3. Arrendamento Mercantil (*Leasing*)

O *leasing* é um contrato denominado na legislação brasileira como “arrendamento mercantil”.

As partes desse contrato são denominadas “arrendador” e “arrendatário”, conforme sejam, de um lado, um banco ou sociedade de arrendamento mercantil e, de outro, o cliente.

O objeto do contrato é a aquisição, por parte do arrendador, de bem escolhido pelo arrendatário para sua utilização.

O arrendador é, portanto, o proprietário do bem, sendo que a posse e o usufruto, durante a vigência do contrato, são do arrendatário.

O contrato de arrendamento mercantil pode prever ou não a opção de compra, pelo arrendatário, do bem de propriedade do arrendador.

O *leasing* é uma operação com características legais próprias, não se constituindo operação de financiamento. Nas operações de financiamento, o bem é de propriedade do mutuário, ainda que alienado, já no ato da compra.

³⁶ Embora não seja o escopo deste trabalho, também abordaremos superficialmente as operações de securitização de recebíveis imobiliários, agrícolas e/ou industriais, que usualmente — têm como lastro estes produtos ligados ao crédito imobiliário, agrícola e industrial, que combinam elementos dos Títulos de Crédito com Contratos Empresariais.



Principais ocorrências decorrentes do Leasing:

- O Arrendatário sugere à arrendadora um bem que deverá por essa ser adquirido;
- Após a aquisição do bem, a proprietária do mesmo arrenda-o à terceiro interessado pela aquisição (ao arrendatário);
- Com o término do prazo do arrendamento, o arrendatário possui a opção de comprar o bem, por um preço menor do que o da sua aquisição inicial.

Modalidades de Leasing:

a) “Leasing” Financeiro ou “Leasing” Puro:

O leasing financeiro ocorre quando uma sociedade dedica-se exclusivamente a adquirir bens fabricados por terceiros para arrendá-los, através de redistribuição, a outra sociedade que necessite destes bens. As principais características do Leasing Financeiro são:

- (i) a arrendadora não é produtora ou proprietária primitiva do bem que será arrendado, o bem é escolhido e indicado pela arrendatária, esta tem liberdade de negociar com o vendedor, inclusive no que tange sobre valores, com a indicação a empresa de leasing adquire o bem e o arrenda ao interessado;
- (ii) nos casos em que o arrendamento é celebrado por tempo determinado, é expresso que findo o prazos do contrato o arrendatário terá opção de compra para adquirir o bem, sendo esta irrevogável; e
- (iii) o arrendatário possui a obrigatoriedade de pagar todas as prestações pactuadas do contrato, mesmo em caso de desistência deste antes do período determinado para a vigência do contrato.

As sociedades que praticam o Leasing Puro ficam geralmente sujeitas às normas das operações bancárias tendo em vista que para estes casos existem uma operação de financiamento por parte da empresa arrendadora.

b) “Lease-back” ou “leasing” de retorno:

As operações de Lease-back são caracterizadas quando uma sociedade que possui a propriedade de um bem o vende a outra sociedade, esta última adquire o bem e em ato contínuo o arrenda à vendedora. Desta forma, apenas



duas sociedades estão envolvidas na operação, não havendo terceiro interessado na aquisição do bem arrendado.

Da mesma forma como no Leasing Financeiro, ao final do contrato de Lease-back o arrendatário possui uma opção de comprar para reaquisição do bem, pelo seu valor residual.

As operações de Lease-back são geralmente praticadas por companhias que possuem grande parte de seu ativo imobilizado, estas utilizam o produto da venda de seus bens de forma a ampliar seu capital de giro.

c) “Leasing” operacional ou “Renting”:

As operações em que certa sociedade é proprietária de bens e os dá em arrendamento à terceiro, através do pagamento de determinadas parcelas, comprometendo-se, todavia, o proprietário dos bens a prestar assistência ao arrendatário por todo o período do arrendamento, são chamadas de Leasing operacional.

A principal diferença entre o Leasing operacional e o Leasing financeiro está no fato de que nos contratos deste último sempre encontramos a obrigatoriedade do cumprimento da obrigação contraída por todo o período do arrendamento, já no Leasing operacional o contrato pode ser rescindido a qualquer momento pelo arrendatário desde que mediante aviso prévio.

Obrigações do Arrendador:

- Dever de adquirir de terceiro o bem para ser dado em arrendamento;
- Colocar o bem à disposição do arrendatário;
- Entregar o bem para pleno uso, embora a propriedade permaneça sendo sua;
- Findo o contrato, vender o bem ao arrendatário (i.e. se for de interesse do arrendatário adquirir o bem).

Obrigações do Arrendatário:

- Pagar, na forma estabelecida em contrato, as prestações combinadas;
- Responder pelo pagamento das prestações em caso de interrupção do contrato motivada pelo próprio Arrendatário;
- Zelar pela conservação do bem arrendado, respondendo pelos prejuízos que por ventura causar;
- Findo o contrato, devolver o bem ao Arrendador, caso não opte pela compra do mesmo ou renovação do contrato de arrendamento.

4. Faturização (Factoring)

O Contrato de Faturização é atividade parabancária, que consiste na aquisição de créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, no mercado interno e externo. Fran Martins assim o define:

“O Contrato de Faturização ou Factoring é aquele em que um comerciante 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.”³⁷

4.1 Elementos Pessoais e Objeto do Contrato de Factoring

São três os elementos pessoais dos contratos de factoring:

- (i) o faturizador;
- (ii) o faturizado (ou vendedor, aderente ou fornecedor) e
- (iii) o comprador (ou cliente ou devedor).

Embora o contrato se forme somente entre faturizador e vendedor, é de suma importância também a figura do comprador, uma vez que são os créditos que o vendedor tem contra ele que são cedidos ao faturizador.³⁸

Todos os três elementos pessoais podem ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

Como objeto, a faturização pressupõe sempre uma venda a prazo, não sendo possível ser feita com relação a vendas à vista. Como há uma cessão de crédito, o comprador deve ser notificado da mesma, devendo efetuar o pagamento ao faturizador. Se por acaso for o faturizado receber os valores relativos ao crédito cedido, deve ele remetê-los ao faturizador³⁹.

4.2 Modalidades de Faturização

Os Contratos de Factoring podem ser divididos em quatro diferentes modalidades, sendo elas:

- (i) Faturização Interna: As operações são realizadas dentro de um mesmo país ou dentro de uma mesma região.
- (ii) Faturização Externa: As operações são realizadas no exterior, como nos casos de importação e exportação.

- A faturização exterior costuma ter maiores riscos e encargos para o faturizador, o que faz com que a sua comissão seja maior do que nos

³⁷ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 469.

³⁸ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 476.

³⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 477.



casos de faturização interna. Ainda assim, a maioria das operações de *factoring* são operações com o exterior.

(iii) Faturização no vencimento (ou *maturity factoring*): As faturas que representam os créditos do faturizado são remetidas ao faturizador, que por sua vez as liquida somente na data do seu vencimento.

(iv) Faturização tradicional (ou *old line factoring*): As faturas de crédito remetidas ao faturizador pelo faturizado são liquidadas antes da data de vencimento.

- Em todos os casos há a assunção dos riscos pelo faturizador do inadimplemento por parte do comprador/cliente. Desta forma, caso a dívida não seja paga, não tem o faturizador direito de cobrança em face do faturizado.

4.3 Cláusulas Essenciais ao Contrato de *Factoring*⁴⁰

Algumas cláusulas são essenciais para os contratos de faturização, sendo elas:

- Cláusula de exclusividade ou totalidade das contas do faturizado.
- Cláusula de duração do contrato.
- Cláusula de faculdade do faturizador de escolher as contas que deseja garantir.
- Cláusula de liquidação dos créditos.
- Cláusula de cessão dos créditos ao faturizador.
- Cláusula de assunção dos riscos pelo faturizador.
- Cláusula de remuneração do faturizador.

Naturalmente outras cláusulas poderão ser ajustadas pelas partes, de acordo com a sua conveniência. No entanto, nenhuma delas deve derrogar as cláusulas essenciais.

4.4 Obrigações do Faturizador

São obrigações do faturizador:

- (i) Pagar ao faturizado o valor das faturas.
- (ii) Assumir o risco do inadimplemento por parte do devedor.

⁴⁰ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 478.



4.5 Obrigações do Faturizado

São obrigações do faturizado:

- (i) Pagar ao faturizador as comissões relativas à faturização.
- (ii) Submeter ao faturizador as contas dos clientes, para que ele possa escolher quais deseja aprovar.
- (iii) Remeter as contas ao faturizador da forma convencionada
- (iv) Prestar informações e assistência ao faturizador com relação aos clientes e ao recebimento das dívidas.

4.6 Obrigações do Comprador

São obrigações do comprador:

- (i) Pagar no termo convencionado as comprar que realizou a prazo.

5. Cartão de Crédito

Os Cartões de Crédito surgiram como forma de (i) diminuir os riscos do transporte do dinheiro em espécie, (ii) garantir que as pessoas consigam adquirir bens ou serviços quando tenham necessidade mas indisponham de dinheiro em mãos, e (iii) democratizar o crédito a curto e médio prazo, permitindo que as pessoas evitem o desembolso imediato de dinheiro. A própria jurisprudência reconhece sua função primordial como sendo a de expansão do crédito, o que impacta diretamente no comércio e que permite o financiamento, com pagamento por bens e serviços em data posterior à de sua aquisição/prestação.

O contrato de Cartão de Crédito conta com três figuras:

(1) O emissor do cartão de crédito

Normalmente uma instituição financeira ou banco. É intermediário entre o titular do cartão e o fornecedor.

(2) O titular do cartão ou aderente ou beneficiário

É a pessoa habilitada pelo emissor a utilizar o cartão de crédito para adquirir bens ou ter serviços prestados. É sempre pessoa física (no caso de pessoa jurídica, deve estar indicado no cartão quem é o seu portador pessoa física — “credenciado”).

(3) O fornecedor

Quem vende a mercadoria ou presta o serviço. Sua relação é eventual e espontânea.



- O emissor se obriga a pagar ao fornecedor as faturas do titular até certo valor; tal valor excedido, ele só se compromete a pagar até os limites de fundos dos quais o titular dispuser.
- O fornecedor se obriga a não recusar o cartão de crédito, a ofertar ao titular o mesmo preço que apresenta aos demais e a pagar determinado ágio ou comissão ao emissor.

5.1. Cartão de Crédito e o Código de Defesa do Consumidor

De forma geral, tendem a ser obtidos mediante contrato de adesão firmado entre o emissor e o titular.

Conforme construção jurisprudencial, sobre tais contratos incide o Código de Defesa do Consumidor, principalmente no que se refere aos seus artigos 52 e 54, §3º, que dispõem:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I — preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II — montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III — acréscimos legalmente previstos;

IV — número e periodicidade das prestações;

V — soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Art. 54. 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.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Desta forma, busca-se proteger o titular de cartão de crédito principalmente dos juros que possam ser estipulados pelos bancos e instituições financeiras em contratos de difícil compreensão e firmados em situação de disparidade.

5.2. Utilização e Funcionamento

- Normalmente deve o titular pagar anualmente ao emissor uma taxa de adesão.
- Para que o cartão possa ser utilizado em determinado estabelecimento, deve este estar filiado ao sistema.
- O vendedor/fornecedor receberá, normalmente ao final do mês, o pagamento do emissor.
- O emissor recebe do fornecedor uma taxa percentual a título de remuneração.
- O emissor recebe do titular o valor da dívida. Caso isto não ocorra, pode promover ação de cobrança.
- Mensalmente deve o titular receber extrato da sua conta, com a indicação de todos os saldos e pagamentos, taxas, juros, etc.





6. Mútuo Financeiro

Conforme o art. 586 do Código Civil, é mútuo o contrato através do qual uma parte transfere coisa fungível à outra parte, que se obriga a restituí-la com coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Diferentemente do que ocorre no comodato, na hipótese do mútuo há efetiva transferência de propriedade, donde decorre que o mutuante deve necessariamente ser dono da coisa mutuada. Outra diferença que podemos apontar é o fato de que o comodato tem como objeto bens infungíveis, ao passo que o mútuo dispõe acerca de bens fungíveis.

Ao elencar como objeto do contrato de mútuo os “bens fungíveis”, o Código Civil abarca inúmeras outras coisas que não apenas dinheiro propriamente dito. Assim sendo, podemos exemplificar: metais preciosos, cereais, dinheiro, café e, dentre outros, também os valores mobiliários. Neste sentido, no ano de 2002 a CVM emitiu Parecer Genérico sobre Fungibilidade de Valores Mobiliários Titulados, no qual elenca:

I. Entende a CMVM, ao abrigo do artigo 370.º, nº 2 do Código dos Valores Mobiliários, o seguinte:

1. Os valores mobiliários são fungíveis entre si quando, em cúmulo:

a) pertençam à mesma categoria, nos termos do art.º 45º do Código dos Valores Mobiliários (se emitidos pela mesma entidade, e com o mesmo conteúdo, podendo pertencer a emissões ou séries diferentes);

b) obedçam à mesma forma de representação;

c) estejam objetivamente sujeitos ao mesmo regime fiscal;

d) não tenham sido deles destacados direitos diferentes;

e) estejam integralmente realizados;

f) incidam sobre eles ónus exatamente idênticos (com os mesmos conteúdo e credor).

6.1 Juros nos Contratos de Mútuo

Em 1933 a Lei da Usura (Decreto 22.626/33) definiu como ilegal a cobrança de juros que coloquem em risco o patrimônio pessoal do devedor e a cobrança de juros sobre juros, além de limitar a taxa dos juros contratuais a 12% ao ano.



Sendo assim, o STF, por meio da Súmula nº 596 de 1976, entendeu:

STF Súmula nº 596 — As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 elencou, em sua redação original do artigo 192, §3º, que a cobrança de juros estaria limitada ao “juro real” de 12%, inclusive para instituições do sistema financeiro. Como não havia definição do que seria “juro real”, a doutrina entendeu que tal disposição constitucional não seria autoaplicável, entendimento posteriormente adotado pelo STF.

Com a Emenda Constitucional nº 40 de 2003, tal dispositivo foi revogado, de forma que, atualmente, não existe qualquer limitação constitucional às taxas de juros. No entanto, isto não significa que as instituições financeiras contem com liberdade total para estipulá-los. Neste sentido, elencou o STJ na Súmula nº 379 de 2009:

STJ Súmula nº 379 — Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

Por fim, entendeu o STJ em 2004:

STJ Súmula nº 283 — As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

De forma resumida:

- 1933 — Lei da Usura: Limitação de juros contratuais a 12%.
- 1976 — STF, S. 596: A limitação de 12% não se aplica a instituições que integram o sistema financeiro nacional (incluem-se instituições financeiras).
- 1988 — CF/88, art. 192, §3º: Limitação da cobrança de juros no limite do “juros real” de 12% (geral). >> Nunca foi plenamente aplicado. <<
 - o Doutrina + STF: Cláusula não autoaplicável, posto que não há definição de “juros real”.



- 2003 — EC nº 40: Revogação do art. 192, §3º da CF/88 (Inexistência de limitação constitucional a taxas de juros).
- 2004 — STJ, S. 283: Exclusão da incidência da Lei da Usura a empresas administradoras de cartão de crédito, por equiparação destas a instituições financeiras (ou seja, ausência da limitação de 12% prevista na Lei da Usura).
- 2009 — STJ, S. 379: Limitação dos juros moratórios. Tomou por base o elencado no Código Civil e no CTN, nos seus artigos 403 e 161 respectivamente: (A ausência de limitação constitucional e a não incidência da Lei da Usura não significa permissividade absoluta dos agentes financeiros)

CC/02, Art. 406 — Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

CTN, Art. 161 — O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

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

7. Operações de Financiamento Industrial, Imobiliário e Agrícola

7.1 Operações de Financiamento Industrial:

O financiamento industrial é concedido por instituições financeiras a pessoa física ou jurídica que se dedique à atividade industrial. Este poderá efetuar-se por meio da cédula de crédito industrial.

O emitente da cédula de crédito industrial fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financiadora.

7.1.1 CARACTERÍSTICAS DA CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL:

- i. Promessa de pagamento em dinheiro;
- ii. Possui garantia real, cedularmente constituída;



- iii. Título líquido e certo; e
- iv. Exigível pela soma constante na cédula ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório.

Se o emitente houver deixado de levantar qualquer parcela do crédito devido, ou tiver feito pagamentos parciais, o credor irá descontá-los da soma declarada na cédula, tornando-se exigível apenas o saldo.

Não constando do endosso o valor pelo qual se transfere a cédula, prevalecerá o da soma declarada no título, acrescido dos acessórios, deduzido o valor das quitações parciais passadas no próprio título.

7.2 Operações de Financiamento Imobiliário:

Criado pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) é um conjunto de normas legais que visam a regulamentação da participação:

- (i) das instituições financeiras (i.e. caixas econômicas, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos com carteira de crédito imobiliário, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo e companhias hipotecárias); e
- (ii) das instituições não-financeiras (i.e. companhias securitizadoras) na realização de operações de financiamento de imóveis, sendo estes residenciais e/ou comerciais, com a efetiva garantia de retorno do capital empenhado.

Tais operações de financiamento são possíveis através da securitização. A securitização é a operação pela qual os créditos imobiliários, adquiridos no mercado primário, junto às entidades financiadoras de imóveis, são expressamente vinculados à emissão de uma série de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's). A securitização é formalizada mediante a lavratura, por uma companhia securitizadora, de um “termo de securitização”. A operação se conclui com a venda do CRI aos investidores.

Os recebíveis imobiliários são caracterizados como créditos imobiliários das entidades financiadoras, junto a pessoas físicas e jurídicas, mutuárias dos empréstimos que lhes tenham sido conferidos para obtenção ou produção de imóveis.



As Letras de Crédito Imobiliário (“LCI”) são atualmente o principal título de lastro imobiliário utilizado para captação de recursos pelas instituições financeiras autorizadas a emití-lo. O título, que deve ser lastrado por créditos imobiliários garantidos por alienação fiduciária ou hipoteca, passou a predominar quase que na totalidade do mercado de Letras imobiliárias, sobrepujando inteiramente as Letras Hipotecárias, este último tem tendência de desaparecimento.

7.3 Operações de Financiamento Agrícola:

[A ser desenvolvido posteriormente]



X. DERIVATIVOS — CONTRATOS NO MERCADO FUTURO, OPÇÕES, SWAPS E A TERMO

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro. São Paulo: Atlas, 2012. 11ª Edição. Págs. 310 a 323.

Complementar

BESSADA, Octavio; BARBEDO, Claudio; ARAÚJO, Gustavo. Mercado de derivativos no Brasil: conceitos, operações e estratégias. Rio de Janeiro: Record, 2009. 3ª Edição. Págs. 19 a 26.

B) ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares

Antes de analisarmos os contratos de derivativos em espécie, é importante entendermos, resumidamente, o que são derivativos, quais são os principais agentes econômicos atuantes neste mercado e os benefícios deles para o mercado, de forma que tenhamos uma visão mais completa ao analisarmos cada um dos contratos deste capítulo detalhadamente.

Derivativos são ativos (financeiros ou não) que se baseiam — origem, valor e dependência — em outros ativos (ativos-subjacente ou ativo-objeto). Os derivativos podem ser financeiros, tais como sobre taxa de juros, moeda e índices de bolsa ou não financeiros, como sobre ativos agropecuários (i.e. soja, milho, algodão, boi gordo, etc.).

Por meio deste mercado, os seus participantes apostam/especulam os preços dos ativos no futuro, assumindo compromissos (ou opções) de pagamento ou entrega de mercadorias no futuro, conforme o caso. Importante destacar que os ativos objetos devem ter seus preços estabelecidos pelas forças do mercado (lei da oferta e da procura), não podendo recair sobre ativos com preços regulados pelo Estado.

As operações envolvendo derivativos são, atualmente, negociadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros Bovespa (“BM&F”), e podem ser realizadas mediante contratos nos mercados futuros, a termo, de opções e de *swaps*, apresentando este instrumento jurídico, dentre outras vantagens:



- (i) proteção contra variações abruptas nos preços dos ativos negociados (*hedge*);
- (ii) gera maior liquidez no mercado físico;
- (iii) realização de operações/negócios com menor volume de capital.

Os principais contratos negociados na BM&F atualmente são:

- (i) Contratos Futuros: instrumento contratual no qual as partes obrigam-se a realizar a compra e venda de determinado ativo em certa data futura por um preço pré-ajustado. Há um ajuste diário⁴¹ nas posições tomadas (do comprador e do vendedor) conforme a variação do preço do “ativo-subjacente” e o preço pré-ajustado. Nestes contratos, a maior parte dos elementos contratuais como volume, preço, data de vencimento, etc. são padronizados, facilitando sua negociação no mercado secundário;
- (ii) Contrato de Opções: mediante o pagamento de um prêmio, o detentor de uma opção de compra tem o direito de adquirir ou vender em determinada data futura determinado ativo por um preço preestabelecido;
- (iii) Contratos de Swap: são contratos que preveem, em regra, a troca do índice de referência para determinado ativo-subjacente por outro. Ou seja, se determinado ativo-subjacente está vinculado a uma taxa de juros pós-fixada pode-se firmar um contrato de *swap* para alterar a taxa de juros, prefixando-a.
- (iv) Contratos a Termo: instrumento contratual que permite a compra e venda de determinado ativo com volume e preço em data futura pré-determinada. Esta espécie de contrato diferencia-se dos Contratos Futuros na medida em que (a) não contam com ajustes diários nas posições tomadas e (b) os termos e condições são estabelecidos contratualmente.

2. Participantes do Mercado de Derivativos

Em regra, os participantes do mercado de derivativos são: (i) *hedger*; (ii) especulador; e (iii) arbitrador. Pode-se resumir as características destes participantes da seguinte forma:

⁴¹ Conforme Barbedo, ajuste diário “é o mecanismo de liquidação dos contratos futuros entre os participantes do mercado. Mediante o ajuste diário, as posições mantidas pelos clientes são acertadas financeiramente ao final de todo dia (...). Se os preços sobem, os que possuem posições vendidas pagam suas perdas e os compradores recebem seus ganhos, sempre em D+1 (no dia seguinte)”. BESSADA, Octavio; BARBEDO, Claudio; ARAÚJO, Gustavo. Mercado de derivativos no Brasil: conceitos, operações e estratégias. Rio de Janeiro: Record, 2009. 3ª Edição, p. 30.

- (i) Hedger: são agentes econômicos que visam salvaguardar-se dos riscos oriundos de flutuações adversas nos ativos-subjacentes (commodities, taxa de juros, ações, moeda, etc.). Em resumo, estes agentes tomam uma posição contrária no mercado futuro em relação à sua posição no mercado à vista, buscando minimizar os riscos em caso de uma eventual alteração no valor dos ativos subjacentes.
- (ii) Especulador: são pessoas físicas ou jurídicas que objetivam auferir ganhos econômicos decorrentes de variações nos preços dos ativos-subjacentes. De forma a obter o maior ganho econômico possível, estes agentes econômicos dispendem tempo e recursos para obter, analisar e prever os preços dos ativos-subjacentes. Importante notar a sua função essencial nos mercados futuros, visto que são eles que assumem a posição contrária ao *hedgers*.
- (iii) Arbitrador: são agentes econômicos que, visualizando uma diferença entre os ativos transacionados em mercados diferentes (ex. mercado futuro x mercado à vista ou mercado nacional x mercado estrangeiro), utilizam-se desta discrepância para auferir resultados positivos. Os arbitadores “operam simultaneamente em mais de um mercado para travar um lucro e terminam por alinhar novamente os preços que, momentaneamente, ficaram desalinhados.”⁴²

3. Contratos Futuros

Os contratos futuros são instrumentos jurídicos pelos quais uma parte obriga-se a vender determinado ativo enquanto a outra se obriga a comprá-lo em determinada data por um preço previamente ajustado.

Nesta modalidade contratual, visto que o preço é acordado previamente, a parte vendedora possui expectativa de queda do preço do ativo-subjacente no mercado. De outro lado, o comprador possui expectativa de alta no preço do ativo-subjacente no mercado. A depender da queda ou do aumento no valor dos ativos, o lucro será auferido pelo vendedor ou pelo comprador, respectivamente.

De forma a facilitar o entendimento, Alexandre Assaf Neto exemplifica este contrato da seguinte forma:

“Observe, nesse exemplo simplificado, que há um compromisso de compra e venda no futuro da ação por preço estabelecido pelas partes, denominado de preço futuro. Em verdade, o investidor da ação aposta na elevação de sua cotação por um preço acordado previamente. O vendedor, por outro

⁴² BESSADA, Octavio; BARBEDO, Cláudio; ARAÚJO, Gustavo. Mercado de derivativos no Brasil: conceitos, operações e estratégias. Rio de Janeiro: Record, 2009. 3ª Edição. p.26.



lado, acredita na possibilidade de compra da ação no futuro a um preço inferior, o que permitiria realizar um lucro”.

Em regra geral, podemos definir os contratos futuros como contratos bilaterais, consensuais, onerosos, não solenes, aleatórios e atípicos, (apesar de serem padronizados pelas bolsas de valores, no tocante ao ativo, volume, data de vencimento), o que facilita a negociação destes contratos entre os investidores, fomentando sua liquidez.

Uma vez formalizado o contrato futuro, as partes não se relacionam mais entre si, visto que, a partir dali a câmara de compensação da bolsa assume o “controle” sobre a aposta, realizando os ajustes diários necessários, bem como verificando a suficiência das margens de garantia existentes.⁴³

Entretanto, a maior parte dos contratos futuros não são liquidados pela entrega efetiva dos ativos-subjacentes, já que, (i) a posição pode ser zerada mediante a compra no mercado da posição originalmente assumida; ou (ii) a posição contratual poderá ser alienada no mercado secundário.

3.1. Modelo de Contrato Futuro

4. Contratos de Opção

Em regra geral, os contratos de opção garantem ao titular (comprador) o direito, mediante o pagamento de um prêmio ao lançador (vendedor), a seu exclusivo critério, de comprar ou vender determinados ativos por um preço pré-estabelecido durante a vigência do contrato (*opção americana*) ou em determinada data futura (*opção europeia*).

Os contratos de opção podem ser divididos em: (i) opções de compra (*calls*) ou (ii) opções de venda (*puts*), que podem ser resumidamente descritos da seguinte forma:

- (i) Opções de Compra: o titular (comprador) deste contrato possui o direito de adquirir e o lançador (vendedor) da opção tem a obrigação de vender certo ativo por um preço predeterminado em determinada data ou até a vigência do contrato.
- (ii) Opções de Venda: o titular (comprador) possui o direito de vender e o lançador (vendedor) da opção tem a obrigação de comprar determinado ativo por um preço predeterminado em determinada data ou até a vigência do contrato.

⁴³ Os participantes do mercado de futuros, que estão em posição em aberto na bolsa de valores, são obrigados a depositar margem de garantia, primeiramente em dinheiro (ou, conforme o caso, outros ativos aceitos na bolsa como ações, ouro, CDBs, títulos públicos ou através de uma carta fiança).



Diferente dos contratos futuros, no contrato de opção o comprador da opção possui o direito, mas não a obrigação de comprar ou vender, conforme o caso, determinado ativo nos termos e condições estabelecidos no contrato. De outro lado, o lançador da opção tem a obrigação de vender ou comprar o ativo objeto do contrato.

Em contrapartida ao direito de exercer ou a compra ou a venda de determinado ativo nas condições estabelecidas no contrato, o titular da opção deverá pagar ao vendedor da opção um prêmio. O valor do prêmio será determinado pelas condições de mercado, isto é, de acordo com as forças da oferta e da demanda. Sendo certo que o valor pago a título de prêmio não será devolvido ao titular da opção caso este não seja exercida.

O exercício da opção estará diretamente relacionado com o preço do ativo objeto da opção. Se na data do exercício, ou durante a vigência do contrato de opção de compra o preço do ativo for superior ao valor estabelecido no contrato, terá o titular o incentivo de exercer seu direito. Por outro lado, caso o preço no mercado esteja abaixo do valor contratualmente estabelecido, o titular do contrato provavelmente não exercerá seu direito.

Caso a opção recaia sobre a venda de determinado ativo, o exercício da opção de compra será visualizado quando o valor do ativo no mercado seja menor do valor contratualmente determinado.

Portanto, outra importante diferença entre esta espécie contratual e os contratos futuros encontra-se quanto aos eventuais prejuízos que o titular da opção pode sofrer. Diferente dos contratos futuros, os prejuízos do titular da opção estão limitados ao prêmio decorrente da opção, visto o direito de exercê-la ou não. Todavia, de outro lado, o lançador da opção, como nos contratos futuros, pode sofrer perdas ilimitadas.

4.1. Modelo de Contrato de Opção

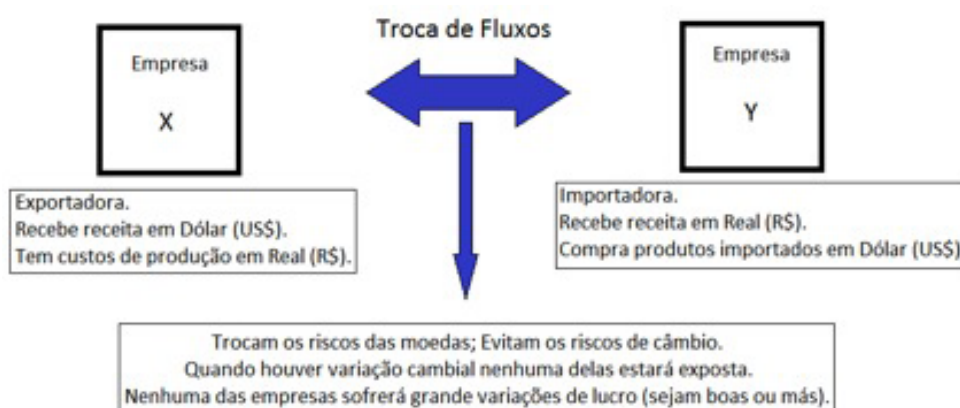
5. *Contratos de Swap*

Os Contratos de Swap representam uma troca de riscos entre duas partes, permitindo a substituição de uma taxa variável por uma taxa fixa e vice-versa. Tais contratos são mais comumente celebrados envolvendo taxas de juros, moedas e commodities. Uma vez que buscam a diminuição de riscos, são majoritariamente celebrados por empresas, bancos e instituições de investimento.

Alexandre Assaf define os contratos de swap como:

“Os swaps são acordos estabelecidos entre duas partes visando a uma troca de fluxos de caixa futuros por um certo período de tempo, obedecendo a uma metodologia de cálculo previamente definida.”

Para melhor entendermos como funcionam os acordos de swaps, podemos ilustrar o seguinte exemplo:



5.1. Modelo de Contrato de Swap

6. Contratos a Termo

Assim como os contratos futuros, os contratos a termo envolvem a compra e venda de determinado ativo em determinada data futura por um preço previamente ajustado. Todavia, estes contratos apresentam diferenças importantes que, a depender dos interesses e condições das partes podem ser mais apropriados.

Diferente do contrato futuro no qual os termos e condições já se encontram previamente estabelecidos, os contratos a termo podem, em regra, ter os termos e condições livremente estabelecidos pelas partes. Desta forma, as partes contratantes não terão de seguir as cláusulas contratuais determinadas pelas bolsas de valores.

Outra importante distinção em relação aos contratos futuros, é que nos contratos a termo não há ajustes diários⁴⁴, visto que a entrega do ativo-subjacente ocorre na data acordada. Nas palavras de Alexandre Assaf:

“Ao contrário também do contrato futuro, em que os valores são ajustados diariamente, as operações a termo não sofrem ajustes periódicos a

⁴⁴ Todavia, importante destacar que nesta modalidade contratual os depósitos de margens ainda continuam sendo devidos, sendo de responsabilidade da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBL) a garantia, fiscalização e controle das transações envolvendo operações a termo.



valores de mercado, considerando que a entrega final do ativo-objeto (liquidação do contrato) se dará numa única data futura acordada. É bastante raro uma liquidação antecipada de contrato a termo. Os contratos futuros encerram-se geralmente antes do vencimento, necessitando, em consequência, de ajustes diários a valores de mercado”⁴⁵.

Se de um lado a não padronização acaba por facilitar o ajuste contratual entre duas partes, de forma que elas consigam contratar de acordo com as suas necessidades, de outro lado, a não padronização destes contratos traz algumas limitações. Bessada, Barbedo e Araújo citam as seguintes limitações dos contratos a termo:

- (i) Inexistência de mercado secundário onde este contrato possa ser negociado;
- (ii) Dificuldade em localizar compradores e vendedores com posições contrárias idênticas;
- (iii) Risco de insolvência de uma das partes.

Resumindo, os contratos a termo podem ser descritos como promessas de compra e venda de determinado ativo em uma data pré-determinada por um preço já ajustado. Os termos e condições destes contratos podem ser estabelecidos pelas partes, que se obrigam a entregar e pagar o preço dos ativos na data de vencimento.

6.1 Modelo de Contrato a Termo

7. Contratos de Underwriting ou Contratos de Garantia de Colocação

Como já estudado em disciplinas anteriores, uma das principais formas de as sociedades se capitalizarem é mediante a abertura de seu capital, com a conversão do modelo societário em S.A. (Sociedade Anônima) e com a realização de OPA (Oferta Pública de Ações). A Lei 6.385 de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e que criou a CVM, elenca em seu art. 19:

Art. 19. Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão.

⁴⁵ ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro. São Paulo: Atlas, 2012. 11ª Edição. p. 333.

Já a Instrução CVM nº 400, em seu art. 3º, §2º, dispõe que:

Art. 3º São atos de distribuição pública a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer um dos seguintes elementos:

(...)

§ 2º A distribuição pública de valores mobiliários somente pode ser efetuada com intermediação das instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários (“Instituições Intermediárias”), ressalvadas as hipóteses de dispensa específica deste requisito, concedidas nos termos do art. 4º.

Sendo assim, para que uma sociedade realize a emissão pública de seus valores mobiliários, deve obter prévia autorização da CVM e, paralelamente, contar com a intermediação de uma instituição financeira. A ausência de tal instituição configura infração grave, conforme o art. 59 da Instrução nº 400/03 da CVM⁴⁶.

Visto isso, torna-se fácil compreender o que são os Contratos de Underwriting: São negócios jurídicos para a intermediação de instituições financeiras na captação de recursos para as companhias.

7.1 Riscos

Existem alguns riscos inerentes ao processo de emissão de papéis de determinada companhia. São eles:

- (i) Risco de Espera: Se refere ao decurso de tempo entre a data na qual a sociedade observa que precisa captar recursos e a data do lançamento efetivo dos títulos no mercado. Neste meio tempo, é possível que condições políticas, econômicas, de mercado, entre outras, impeçam ou dificultem a realização da OPA.
- (ii) Risco de Fixação do Preço de Lançamento dos Títulos: O preço pelo qual os papéis serão lançados envolve grande complexidade, uma vez que, de um lado, a companhia visa obter o maior preço possível a fim de se capitalizar, enquanto que, por outro lado, é fundamental que o preço seja interessante para os investidores, sob risco de comprometer a colocação.

⁴⁶ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B. PARENTE, Flávia. FREITAS HENRIQUE, Marcus de. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 163.



- (iii) Risco de Distribuição Pública dos Títulos: Resulta da dificuldade de se vender os papéis e de prever de que forma o mercado evoluirá.
- Através do Contrato de Underwriting, a sociedade incorre apenas no Risco de Espera, uma vez que os outros dois são normalmente assumidos pela instituição financeira. Ela se responsabiliza pelo cálculo do valor da emissão e pelo sucesso da OPA.⁴⁷

7.2 Modalidades de Underwriting:

São 3 as modalidades de Underwriting:

- (i) Underwriting Firme / Com Garantia de Subscrição Total: A instituição financeira se compromete a subscrever todos os valores mobiliários, para posteriormente revende-los ao público.
- (ii) Underwriting de Melhor Esforço / Sem Garantia de Subscrição: A instituição financeira envidará os seus melhores esforços para que haja sucesso da oferta pública. No entanto, na hipótese de insucesso, ela não estará obrigada a adquiri-los.
- (iii) Underwriting Residual / Com Garantia de Sobras: Assemelha-se ao Underwriting Firme, com a diferença de que, no lugar de adquirir todos os títulos para depois revendê-los, a instituição financeira envida seus melhores esforços para a venda dos títulos ao público e, caso eles não sejam vendidos na sua totalidade, ela se responsabiliza pela subscrição dos títulos remanescentes.

O Underwriting pode ser realizado por uma única instituição financeira ou por várias (Consórcio de Underwriters), conforme art. 15 da Lei 4.728/65 e art. 34 da Instrução CVM nº 400/03. O Consórcio de Underwriters geralmente se justifica por emissão de valores mobiliários muito expressivos, uma vez que a pluralidade de underwriters pulveriza o risco da instituição. Trata-se, por fim, de Contrato de Colaboração entre as instituições financeiras⁴⁸.

8. Short Selling ou Venda a Descoberto

Short Selling é uma forma de especulação junto ao Mercado Financeiro especialmente utilizada nas épocas de baixa — quando há desvalorização de determinadas ações. Neste sentido, quando um agente intui que determina-

⁴⁷ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B. PARENTE, Flávia. FREITAS HENRIQUE, Marcus de. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 164-165.

⁴⁸ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B. PARENTE, Flávia. FREITAS HENRIQUE, Marcus de. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 167-168.



das ações terão redução de valor, ele aluga (ou empresta) ações de alguém que as possua, prometendo devolver o mesmo número de ações em data futura e certa. O que se busca é o lucro proveniente da diferença resultante da queda de valor das ações. Ao locador/emprestador, é paga uma taxa pequena, porém certa, que independe da desvalorização ou não das ações. Podemos ilustrar tal operação da seguinte forma:

Momento 1:

Investidor I: Pensa que o valor das ações da Empresa X, de R\$1,00, irá cair.

Acionista A: Possui 100 ações da Empresa X.

Momento 2:

Investidor I “aluga” as 100 ações de Acionista A por R\$0,25 cada, prometendo devolver-lhe 100 ações da Empresa X três meses depois.

*Investidor I deve pagar R\$25,00 a Acionista A (R\$0,25 x 100 ações).

Momento 3:

Investidor I vende as 100 ações na bolsa de valores.

Ele fica “*short*” em 100 ações, posto que elas não pertenciam a ele e que ele terá de devolvê-las.

*Investidor I recebe R\$100,00 pela venda das ações (R\$1,00 x 100).

Momento 4:

Dois meses depois, as ações da Empresa X sofrem grande queda, se estabilizando no valor de R\$0,40 cada.

O Investidor I recompra as 100 ações da Empresa X que deve devolver a Acionista A em um mês.

*Investidor I gasta R\$40,00 com a compra das 100 ações.



Momento 5:

Investidor I devolve a Acionista A as 100 ações da Empresa X que alugou.

*Investidor I:	Pagou R\$25,00 pela locação das ações.	- 25
	Recebeu R\$100,00 pela venda das ações.	+ 100
	Pagou R\$40,00 pela recompra das ações.	<u>- 40</u>
	• Investidor I lucrou R\$35,00 com a operação:	+35

9. Long Selling

Long selling é expressão utilizada para identificar um investidor especulador, que aposta na alta das cotações das ações que comprar em momento de baixa, esse tipo de investidor está disposto a esperar por curto, médio ou longo prazo, a depender dos sinais que o mercado emitir.

Normalmente, a compra de ações pelo *long seller* se dá em um período de baixa das cotações e de pouca intensidade de negociações em bolsa. No entanto, o *long seller* possui uma expectativa de que essas ações valorizem em curto, médio ou longo prazo. Assim, com a alta das ações adquiridas, o *long seller* as vende e percebe ganhos pela diferença do preço com que vende suas ações em relação ao preço que pagou quando as comprou.

O risco das operações de *short selling* e *long selling* dependerá da situação que o mercado oferecer para os investidores. Em momentos de recessão é mais arriscado apostar na valorização das ações. Por outro lado, em períodos de prosperidade é mais arriscado apostar na desvalorização das ações.



XI.1. SEGUROS

MATERIAL DE LEITURA

Leitura Básica

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16º ed. — São Paulo: Saraiva, 2002

ROTEIRO DE AULA

1. Considerações Preliminares:

Os Contratos de Seguro envolvem conhecimentos interdisciplinares, com questões inerentes a: Ciências Atuárias; Direito; Economia; Administração de Empresas; e Finanças Corporativas em geral.

O gênero “contratos de seguro” possui diversas espécies, que são produzidos de acordo com a respectiva necessidade de organização e gerenciamento de riscos tanto das empresas quanto dos indivíduos.

O Código Civil de 2002 trata do tema com abrangência, de forma genérica, reservando aos diplomas específicos seu detalhamento, principalmente no que diz respeito a cada espécie de contrato de seguro existente.

Nesse sentido, o código tem aplicação supletiva aos contratos de seguro, conforme o Art. 777 do CC/02.

O Art. 757, “Caput” do CC/02 dispõe que:

*Art. 757 — Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra **riscos predeterminados**. (grifo nosso).*

Súcnico: Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.⁴⁹

Sérgio Cavalieri Filho⁵⁰ sintetiza o conceito:

[...] Em apertada síntese, seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. Segurador e segurado negociam as consequências econômicas do risco, mediante a obrigação do

⁴⁹ Caso essa autorização não seja observada há a incidência de pena de multa e de cometimento de crime contra o sistema financeiro nacional. As pessoas jurídicas autorizadas a operar no com seguros privados devem se constituir sob a forma societária de Sociedade Anônima (“S.A.”) ou cooperativa. (restrita à atividade securitária rural e de saúde)

⁵⁰ Diversos outros autores conceituam o contrato de seguro no mesmo sentido. Destacam-se: 1) Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16º ed. — São Paulo: Saraiva, 2002, p. 316): o contrato de seguro “[...] é aquele pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo reativo a pessoa ou a coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previstos no contrato”; 2) Caio Mário (Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 10o. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 1995, p. 98): “O contrato por via do qual uma das partes (seguradoras) se obriga para com a outra (segurado), mediante o recebimento de um prêmio, a indenizá-la ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos previstos”; e Pontes de Miranda (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado, Borsói, 1958, t.45 Tratado de Direito Privado, Borsói, 1958, t.46): “Contrato de seguro é o contrato pelo qual o segurador se vincula, mediante pagamento, a ressarcir ao segurado, dentro do que se convencionou, os danos produzidos por sinistro ou a prestar capital ou renda quando ocorrer determinado fato concernente a vida humana ou o patrimônio”.



*segurador de repará-las. Frise-se que em se tratando de contrato de seguro, o segurador só poderá se exonerar de sua obrigação se ficar comprovado o dolo ou a má-fé do segurado. Da mesma forma, o agravamento do risco pode servir de preceito ao não pagamento do sinistro, haja vista o desequilíbrio da relação contratual, onde o segurador receberá um prêmio inferior ao risco que estará cobrindo, em desconformidade com o avençado*⁵¹.

2. Contrato de Seguro do Código Civil de 2002:

Especifica duas modalidades de seguro:

- a) **Seguro de Dano:** *cujo conteúdo é indenizatório, restrito à indenização do valor de interesse do segurado no momento do sinistro, geralmente relacionado com uma coisa. A garantia prometida não pode ultrapassar o valor de interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena de perder o segurado a garantia e ter que pagar o prêmio (art. 778 do CC), sem prejuízo da imposição de medida penal cabível, por falsidade ideológica, por exemplo. Quanto ao risco do seguro, este compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes como, por exemplo, os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa (art. 779 do CC)*⁵²; e
- b) **Seguro de Pessoas:** *visa à pessoa humana, protegendo-a contra riscos de morte, comprometimentos da sua saúde, incapacidades em geral e acidentes que podem atingi-la. É o caso, por exemplo, do seguro-saúde, tratado especificamente pela Lei 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde). (...) nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, como o mesmo ou diversos seguradores. Assim, é possível a celebração de vários seguros, sem qualquer limite quanto ao valor da indenização, até porque não há como mensurar o preço da vida de uma pessoa natural.*⁵³

3. Natureza Jurídica do Contrato de Seguro:

Flávio Tartuce prevê que o Contrato de Seguro é:

“Contrato bilateral, oneroso, consensual e aleatório, dependendo do fator risco. Na maioria das vezes, constitui contrato de adesão, pois o seu conteúdo é imposto por uma das partes, geralmente a seguradora. Também,

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 419.

⁵² Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 661.

⁵³ Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 662.



muitas vezes, o contrato é de consumo, o que justifica a busca de diálogos de complementaridade entre o CC e o CDC (diálogo das fontes) ”.⁵⁴

4. A Função Socioeconômica do Contrato de Seguro:

A insegurança econômica que os riscos geram pode ser mitigada pelo seguro, que em última análise busca proteger a integridade patrimonial dos segurados.

De acordo com Ricardo Bechara Santos, a função socioeconômica do seguro:

“ não serve de pretexto para o paternalismo, pois o interesse coletivo da comunidade de segurados — mutualismo — se sobrepõe ao interesse daquele que se mostre vulnerável na sua individualidade, mandando a prudência que o equilíbrio seja preservado, mormente no sistema de cláusulas abertas e gerais do código, pois a generosidade para com aqueles que individualmente não têm direito contratual pode se transformar em perversidade para com a universalidade de segurados que integram o fundo gerido pelo segurador. Agir diferente disso importaria em contrariedade ao princípio da função socioeconômica do contrato — mormente no seguro, que é solidariedade, coletividade, mas que só alcançaria a plenitude de sua tão eminente função socioeconômica se organizada com técnica, com a gestão competente da seguradora, sem a qual teríamos uma solidariedade meramente lúdica, ineficaz. ”⁵⁵

Numa Freire versa:

A função econômica do seguro é satisfazer, financeira e economicamente, uma necessidade eventual, pela maneira mais adequada e menos custosa. Já a sua função social desperta no homem a prática da solidariedade, no caso, exercida pela proteção econômica que oferece aos bens que formam a riqueza social e realizada pela respectiva reparação no caso de insolvência ou acontecimento fortuito, quando ligados a transações necessárias à vida da coletividade, com o que fomenta o contínuo progresso da sociedade.⁵⁶

5. Dos Elementos do Contrato de Seguro:

As **Partes** do contrato de seguro são representadas pelo segurado⁵⁷ e o segurador⁵⁸.

⁵⁴ Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécies. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 661.

⁵⁵ Bechara Santos, Ricardo. Cadernos de Seguro. N 169, novembro/dezembro de 2011, p. 16.

⁵⁶ Freire, Numa. Aspectos do Seguro. 1a. Ed. São Paulo. Atlas, p.60, 61

⁵⁷ De acordo com Antonio Carlos Otoni Soares (Soares, Antonio Carlos Otoni. Fundamento Jurídico do Contrato de Seguro. Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda, p.34): “Segurado é a pessoa física ou jurídica que, possuindo interesse segurável, contrata o seguro, em seu benefício pessoal ou de terceiros. É a parte na relação contratual que paga um prêmio à seguradora, para assim ter direito de receber uma indenização, se ocorrer o sinistro resultante do risco previsto no contrato. O segurado compra à seguradora o direito de receber uma eventual indenização, pagando um preço que se denomina prêmio ou quota”.

Segundo Pedro Alvim (Alvim, Pedro. O Contrato de Seguro. 3a. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999, p. 547): “O segurado é a denominação técnica e jurídica do titular do risco. E o seguro que ele faz se diz por conta própria em oposição ao seguro por conta de outrem, também conhecido por seguro por conta de terceiro, quando alguém assume a posição de estipulante perante o segurador. O contexto da apólice esclarece, de um modo geral, se o seguro é por conta própria ou de outrem, seja expressamente por declaração do contratante, seja tacitamente por suas disposições”.

⁵⁸ Segundo Antonio Carlos Otoni Soares (Soares, Antonio Carlos Otoni. Fundamento Jurídico do Contrato de Seguro. Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda, p.34): “A sociedade seguradora é a parte que na relação contratual se obriga a efetuar uma indenização, resultante do prejuízo de um sinistro. Só pode ser pessoa jurídica, legalmente autorizada para operar no ramo de seguros. Exercem com exclusividade as operações de seguros privados, compreendendo os seguros de coisas, bens, pessoas, obrigações, responsabilidades, direitos e garantias, mas não atuam com seguros sociais, os quais ficam a cargo do INSS”.



Em linhas gerais, o primeiro tem como obrigações a transparência de informações, as disponibilizando ao segurador antes da contratação para que seja calculado o risco e conseqüentemente o prêmio do seguro assim como as suas parcelas; e após a contratação ao notificar tempestivamente o segurador na ocorrência do sinistro.

Já o segundo (o segurador), basicamente são prestar as informações do seu produto ao segurado (condições, cópia do documento com as informações da apólice) e, obviamente, cumprir o combinado com agilidade na eventual ocorrência do sinistro.

No Brasil a intermediação da contratação do segurado e da seguradora pode ser realizada por um corretor. Este é a figura que auxilia o segurado antes da venda ao esclarecer e melhor informar o interessado no produto das seguradoras; no ato da venda ao realizar a operação de compra do seguro; e no pós venda ao dar um suporte ao segurado na relação com a seguradora. Nesse sentido, pode-se dizer que o corretor representa o segurado.

O **objeto do seguro**, segundo corrente majoritária⁵⁹ da doutrina⁶⁰, é a **transferência de um risco**.

Nas palavras de Celso Marcelo de Oliveira, Risco é:

“o evento incerto ou de data incerta que independe da vontade das partes contratantes e contra o qual é feito o seguro. O risco é a expectativa de sinistro. Sem risco não pode haver contrato de seguro”.⁶¹

O contrato é **formalizado** por escrito⁶², em respeito ao art. 758 do CC/02:

“o contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.”

O contrato de seguro tem o nome de “apólice” ou “bilhete” e, conforme o Art. 760 do CC/02, possui três categorias e deve mencionar o início e o fim de sua validade, o limite da garantia, os riscos assumidos e, quando houver, o nome do beneficiário ou segurado.

Flávio Tartuce descreve cada uma das categorias supracitadas:

⁵⁹ De acordo com http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4025

⁶⁰ Pontes de Miranda, Fran Martins, Orlando Gomes e Caio Mário, dentre outros.

⁶¹ Marcelo de Oliveira, Celso. Teoria Geral do Contrato de Seguro Volume II.ed. São Paulo: LZN, 2005, p. 538.

⁶² Entretanto, não é solene.



- a) *Apólice ou bilhete nominativo*: mencionam o nome do segurador, do segurado, de representante do último ou de terceiro beneficiário, sendo transmissíveis por meio de cessão civil ou mesmo por alienação.
- b) *Apólice ou bilhete à ordem*: são transmissíveis por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e o endossatário.
- c) *Apólice ou bilhete ao portador*: são transmissíveis por tradição simples ao detentor da apólice, não sendo admitidas em alguns casos, como no seguro de vida.⁶³

Sérgio Cavaliere Filho aponta o Contrato de Seguro possui três elementos essenciais, quais sejam: (a) risco; (b) a boa-fé; e (c) o mutualismo.

- a) **Risco** é perigo, é possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco não haverá seguro. As pessoas fazem seguro, em qualquer das suas modalidades — seguro de vida, seguro de saúde, seguro de automóveis etc. —, porque estão expostas a risco (grifos nos-⁶⁴).
- b) A **Boa-Fé**⁶⁵ é imperativa entre as partes na conclusão e na execução do contrato (Art. 765 CC/02). Em decorrência da regra da boa-fé, existem hipóteses em que a seguradora pode abster-se do pagamento do Sinistro: nos casos de culpa grave conforme o Art. 768 do CC/02, que menciona inclusive a obrigatoriedade de prova da intenção do segurado em agravar o risco. Esse requisito probatório não é simples de se materializar, há muita dificuldade da seguradora se abster do pagamento do sinistro, inclusive em casos, por exemplo, que o segurado dirigia um automóvel sob efeitos de entorpecente no momento do acidente⁶⁶.

A este respeito, Sérgio Cavaliere Filho explica existência de divergência na doutrina e se posiciona:

“Somente o fato exclusivo do segurado pode ser invocado como excludente de responsabilidade do segurador, mesmo assim quando se tratar de dolo ou má-fé. Para alguns, a culpa grave do segurado também excluiria a responsabilidade do segurador, mas, em nosso entender, sem razão. A culpa, qualquer que seja a sua gravidade, caracteriza-se pela involuntariedade, incerteza, produzindo sempre resultado não desejado. Ademais, é um

⁶³ Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 661.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 418.

⁶⁵ Vide a ementa em exemplo:

Seguro de vida em grupo – declarações do segurado – má fé – prova. Acórdão do STF revela que é válido o contrato de seguro, quando a omissão verificada nas informações prévias do segurado não tiver sido intencional ou de má-fé (JC 49/180), assim havemos reiteradamente decidido: JC 29/287, 32/216, 35/132, 37/255, 38/221, 229 e 332. (3a. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 12.8.86)

⁶⁶ Conforme se observa na ementa: SEGURO DE VEÍCULO. CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITO. AGRAVAMENTO DE RISCO NÃO VERIFICADO. CONDUTOR SOB INFLUÊNCIA DE ENTORPECENTE NO MOMENTO DO ACIDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA. Insuficiente o conjunto probatório, no sentido de que, primeiro, o condutor estivesse, efetivamente, sob o efeito de psicotrópico, no momento do acidente, e, segundo, que tenha sido fator preponderante a desencadear o sinistro, é obrigação da ré a cobertura indenitária. Apelo provido, por maioria.” (Apelação Cível Nº 70017403163, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 31/01/2007)

Outro caso semelhante é o REsp 212.725-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.12.2003.

*dos principais riscos cobertos pela apólice. Quem faz seguro, normalmente, quer também se prevenir contra os seus próprios descuidos eventuais. E, ao dar cobertura à culpa do segurado, não seria possível introduzir distinção entre os diversos graus ou modalidades de culpa. Além da dificuldade para se avaliar a gravidade da culpa, a limitação acabaria excluindo a maior parte dos riscos que o segurado deseja ver cobertos, tornando o seguro desinteressante. Entendo, assim, que a culpa do segurado, qualquer que seja o seu grau, não exonerando de responsabilidade o segurador*⁶⁷.

- c) O **mutualismo** é a socialização dos riscos organizada pela seguradora, através de cálculos atuariais, entre os diversos segurados. Por meio da ciência atuarial a seguradora realiza cálculos que preveem a probabilidade dos sinistros (custo) e o recebimento dos prêmios (arrecadação) de modo a garantir a sua solvência e a cooperação entre os segurados. Ricardo Bechara Santos destaca que o segurador *há de estabelecer uma mutualidade especialmente organizada para suportar os riscos da reposição, da satisfação da necessidade eventual dos segurados, nos limites do contrato e de sua função socioeconômica*.⁶⁸

O mutualismo está intimamente ligado⁶⁹ ao **Teorema de Bernoulli**⁷⁰ (Lei dos Grandes Números) da ciência estatística.

- Quanto mais segurados existem, maior a precisão da seguradora ao gerir com eficiência sua carteira de risco, conseqüentemente, mais precisa será a precificação dos prêmios e a higidez financeira da empresa.

A **seleção adversa**⁷¹, segundo Gregory Mankiw é *a tendência de que o mix de atributos não observados se torne indesejável do ponto de vista de uma parte desinformada*⁷². Harold D. Skipper e W. Jean Kwon definem: *An asymmetric information problem in which the seller knows less than the buyer's situation*.⁷³ Trata-se de um fenômeno decorrente de um ambiente com alta assimetria de informação, que do ponto de vista securitário a seguradora realiza contratos de seguro com empresas/indivíduos com riscos tóxicos, pois estes se sentem incentivados a contratar o seguro em detrimento daqueles que apresentam riscos saudáveis.

Nesse sentido, Gregory Mankiw explica:

“Quando os mercados estão sujeitos à seleção adversa, a mão invisível pode não necessariamente operar sua mágica. (...) Nos mercados de seguros, os compradores com baixo risco podem optar por permanecer sem seguro,

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 437.

⁶⁸ Bechara Santos, Ricardo. Cadernos de Seguro. N 169, novembro/dezembro de 2011, p. 16.

⁶⁹ Bechara Santos, Ricardo. Cadernos de Seguro. N 169, novembro/dezembro de 2011, p. 16.

⁷⁰ “Em 1692, Jacob Bernoulli demonstrou um teorema segundo o qual, se se conhece a probabilidade de ocorrência de um evento num experimento aleatório, é possível indicar quais são as expectativas da frequência da sua ocorrência se o mesmo experimento for repetido um número considerável de vezes sob condições semelhantes. Por outro lado, se é desconhecida a probabilidade de um evento, mas o número de experimentos é muito grande, a sua probabilidade pode ser aproximada.

A Frequência Relativa de um evento é definida como sendo a relação entre o número de vezes em que um evento aconteceu numa dada série de repetições de um experimento aleatório e o número total de repetições do referido experimento. Em outras palavras:

Frequência Relativa = (Nº de Ocorrências do Evento / Nº Total de Experimentos).”

Conforme disposto em: <http://www.oderson.com/educacao/estatistica/9-leigranden.htm>. Acessado 27 de junho de 2014.

⁷¹ George Arkelof, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2001, no clássico artigo “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism” (ARKELOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500) exemplifica: quando o preço do prêmio do seguro saúde aumenta proporcionalmente à idade dos segurados, ocorre uma seleção adversa, pois apenas os que mais utilizam ou têm expectativa de utilizar o plano de saúde se mantêm como segurados. Dessa forma grande maioria dos “bons riscos” deixam o plano de saúde, que fica composto numa determinada faixa etária apenas de “riscos ruins”, o que o autor chama de limões. Trata-se de um fenômeno que decorre dos segurados saberem mais sobre sua saúde do que as próprias seguradoras. Dessa forma aqueles que sabidamente possuem problemas, porém não aparentes, têm mais incentivos a contratar um plano de saúde do que os outros indivíduos. Percebe-se que um dos grandes cenários que a seleção adversa gera em qualquer mercado de seguros é o aumento do custo para a seguradora, e em última análise, para os segurados (maiores prêmios). Isso ocorre, pois aqueles que são riscos



*já que as apólices que lhes são oferecidas não refletem suas verdadeiras características.*⁷⁴

O **risco moral** no contrato securitário é uma consequência comportamental que o seguro gera em quem o contrata. Segundo Harold D. Skipper e W. Jean Kwon, sobre o referido conceito:

*“Is the propensity of individuals to alter their behavior when risk is transferred to a third party. For exemplo, insureds have a tendency to alter their behaviour — to be less careful — because of the existence of insurance.”*⁷⁵

Os supracitados autores dividem o risco moral em 2 categorias:

1. **Efeitos *ex-ante***: quando um agente não possui seguro, há um maior incentivo para que ele tenha maiores esforços de prevenção à acidentes, pois caso eles ocorram a integralidade do custo será do próprio agente. Em contrapartida, aqueles que possuem seguros sabem que os custos de um acidente serão pagos pela seguradora, portanto, tendem a serem menos cautelosos para prevenir sinistros. Outro problema que decorre desse efeito são as fraudes que podem ser cometidas pelos segurados para que recebam indenizações da seguradora.⁷⁶
2. **Efeitos *ex-post***: quando um agente não possui seguro, há um maior incentivo para que ele minimize os efeitos posteriores ao sinistro, afinal o custo será arcado integralmente pelo agente. Por outro lado, os que têm seguro tendem a se empenhar menor na minimização dos efeitos negativos de um sinistro, pois esse ônus econômico será coberto pela seguradora.⁷⁷

ruins, e sabem disso, aumentam o custo médio para o grupo segurado. George Arkelof explica: *The principal of “adverse selection” is potentially present in all lines of insurance. The following statement appears in an insurance textbook written at the Wharton School: There is potential adverse selection in the fact that healthy term insurance policy holders may decide to terminate their coverage when they become older and premiums mount. This action could leave an insurer with an undue proportion of below average risks and claims might be higher than anticipated. Adverse selection “appears (or at least is possible) whenever the individual or group insured has freedom to buy or not to buy, to choose the amount or plain insurance, and to persist or to discontinue as a policy holder”*

⁷² Mankiw, N. G. *Introdução à Economia*. 5ª Ed. São Paulo: CENGAGE Learning. p. 469.

⁷³ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 702.

⁷⁴ Mankiw, N. G. *Introdução à Economia*. 5ª Ed. São Paulo: CENGAGE Learning. p. 469.

⁷⁵ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 481

⁷⁶ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 481.

⁷⁷ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 482.

Extinção do Contrato:

De acordo com Maria Helena Diniz, o contrato de seguro se extingue:

- 1) *Pelo transcorrer do prazo acordado;*
- 2) *Pelo distrato, se ambos os contraentes concordarem em dissolver os vínculos que os sujeitavam;*

- 3) *Pela resolução por inadimplemento de obrigação legal ou de cláusula contratual que, por ter efeito ex nunc, não afetará situações já consumadas e os riscos verificados;*
- 4) *Pela superveniência do risco, porque, o contrato deixará de ter objeto e a seguradora pagará o valor segurado. Entretanto, se tal indenização for parcial, o contrato vigorará apenas pelo saldo da indenização;*
- 5) *Pela cessação do risco, em seguro de vida, se o contrato se configurar sob a forma de seguro de sobrevivência;*
- 6) *Pela nulidade, que não é causa que extingue o contrato, mas apenas torna-o ineficaz por força legal⁷⁸*

Da Natureza Contratual do Seguro:

O Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), norma de caráter constitucional e com conteúdo principiológico, incide nos contratos de seguros, via de regra.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

(...)

Art. 3º...

*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e **securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)*

Nesse sentido, para fins regulatórios⁷⁹, a atividade securitária é considerada a prestação de um serviço e, nesses termos, o segurado é um consumidor pela leitura da supracitada norma. Dessa forma, um contrato de seguro civil se caracteriza como uma relação de consumo⁸⁰ e, portanto, um contrato de consumo.

Nesse sentido, a título de exemplo, muito embora o Art. 206, § 1º, II do CC/02 determine que o prazo prescricional no contrato de seguros é de um ano (para ambas as partes) Cavalieri Filho chama a atenção:

“O código do consumidor estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para todos os casos de pretensão à reparação de danos causados por fato do

⁷⁸ Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 3o. volume. 9ª. Ed. São Paulo. Saraiva, 1994, p. 318

⁷⁹ Há discussão sob a perspectiva tributária quanto a natureza da atividade, pois o Fisco cobra ISS e as seguradoras dizem que por já pagarem o IOF, o ISS não seria devido.

⁸⁰ Na subseqüente decisão se observa a relação de consumo num contrato de seguro:

Contrato de seguro por adesão – Avença firmada antes da vigência de CDC – Desconhecimento pelo segurado de cláusulas restritivas – Aplicação das regras de interpretação do CDC. Embora avença tenha sido firmada antes de sua vigência, tais critérios hermenêuticos já eram aplicados pelos tribunais para evitar abusos. Provimento negado. (1ª. TACSP, 2ª. C., Ap.No. 513.693-0, j. em 23.2.1994, rel. Juiz Carlos Eduardo Souza Goulart).

Outros exemplos da incidência do CDC nos contratos de seguros podem ser observadas em seguros de saúde: A Juíza Renata Palheiro Mendes de Almeida (JUÍZA TITULAR DA 2ª VARA DE MIRACEMA, EM ATUAÇÃO NO PLANTÃO NOTURNO DA CAPITAL NO QUADRIMESTRE DE OUT/2011- JAN/2012) se manifestou nesse sentido num estudo feito para Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: “Muito embora até se compreenda preocupações do setor de saúde suplementar com a seleção adversa (pessoas que já contratam o seguro saúde doentes) e declarações médicas viciadas, o fato é que tais problemas devem ser combatidos de outras formas licitamente previstas e não impondo aos seus consumidores limitações abusivas aos seus direitos legítimos.”

No mesmo sentido o caso: REsp 466667/SP, RECURSO ESPECIAL, Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 17.12.2007;



*produto e do serviço. E como esse Código se aplica à atividade securitária, temos como certo que o prazo para o segurado exercer a sua pretensão contra o segurador, tratando-se de relação de consumo, não é mais de um ano, [...] mas sim de cinco anos*⁸¹.

Há contrato empresarial no âmbito securitário?

Quando uma grande empresa como a Petrobrás firma um contrato de seguro multi milionário sobre suas plataformas de petróleo e outros riscos relacionados a sua atividade com uma seguradora estamos diante de uma situação distinta daquela pessoa física comprando um seguro civil. Quando duas grandes empresas, buscando o lucro, firmam um contrato, assessoradas por grandes escritórios, com o know-how tanto do business quanto do direito, nos parece que a natureza do contrato se aproxima de um contrato empresarial e se afasta de uma relação de consumo. No final do dia, nestes casos, há baixa assimetria de informação e ampla abertura negocial entre as partes, o que corrobora com a tese que afasta o direito do consumidor.

Seguindo essa lógica, no contrato de seguros empresarial⁸² se observa que a transferência do risco se insere no processo de organização de uma empresa, sendo em última análise um insumo. Entretanto, caso determinada empresa/empresário contratante seja vulnerável em relação à seguradora CDC pode ser utilizado como instrumento interpretativo da relação contratual que tende a se aproximar da natureza de um seguro civil.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 453.

⁸² Seguros empresariais usuais são os de transporte, responsabilidade civil, agrícola e de crédito.



GUSTAVO KLOH

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas — Rio de Janeiro.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

André Pacheco Teixeira Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO