

**MARLON
TOMAZETTE**

CONTRATOS EMPRESARIAIS

3ª edição
Revista e atualizada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TRANSPORTE DE MERCADORIAS

Na atividade empresarial, o transporte de mercadorias também desempenha papel fundamental, à medida que permite a aproximação entre produtores e consumidores. Sem tal aproximação, não há como difundir a produção, nem como atender às necessidades de todos os consumidores. Em razão dessa importância, o direito empresarial possui grande interesse nesse contrato. Sem o transporte, o comércio não conseguiria se desenvolver até o estágio atual. Sem ele, não há como imaginar o comércio eletrônico.

O contrato de transporte pode ser de coisas ou de pessoas, interessando muito mais ao direito empresarial o transporte de coisas (mercadorias), falando-se como regra geral desta modalidade no presente trabalho. O transporte de pessoas será objeto de tópico próprio e tratamento específico. Assim, as menções ao transporte sem qualquer especificação se dirigem ao transporte de mercadorias, ficando o transporte de pessoas destinado a um tópico específico.

Além disso, ressalte-se, desde já, que o que será analisado no presente trabalho é apenas o transporte privado, uma vez que o transporte público (serviço público) é disciplinado pelas normas regulamentares administrativas¹.

1. CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e-book, cap. 10, item 10.1.

1 CONCEITO

O Código Civil, no art. 730, dispõe que “pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Paulo Nader, por sua vez, afirma que “tem-se o contrato de transporte, quando alguém denominado condutor ou transportador, obriga-se perante o passageiro ou expedidor a conduzir pessoa ou coisa de um lugar para outro, por determinado meio, com segurança e zelo, mediante remuneração”². Fran Martins afirma que o contrato de transporte é “aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga a transportar pessoa ou coisa de um lugar para outro, mediante pagamento de uma remuneração”³.

José Maria Trepát Cases afirma que é “aquele em que uma pessoa física ou jurídica, denominada transportador, obriga-se mediante pagamento de preço, a deslocar, de um local para outro, pessoas e/ou coisas, mediante itinerário determinado”⁴. Engrácia Antunes, por sua vez, define o transporte como “o contrato pelo qual uma das partes (transportador) se obriga perante a outra (passageiro ou carregador), mediante retribuição, a deslocar determinadas pessoas ou coisas e a colocar aquelas ou entregar estas pontualmente, ao próprio ou a terceiro (destinatário), no local de destino”⁵.

Em todos os conceitos, a essência do transporte é a trasladação, a movimentação⁶, isto é, há uma obrigação de transferir ou fazer transferir de um lugar para outro as coisas ou pessoas até o destino combinado. O cerne do contrato de transporte é essa movimentação física de pessoas ou coisas de um lugar para o outro.

Cuida-se de um contrato autônomo que obedece a algumas regras do depósito e outras da locação de serviços⁷, sem se confundir com eles. No depósito, a devolução da mercadoria se dá no próprio local do depósito, ao passo que no transporte a entrega ocorrerá no destino assinalado. Na locação de serviços, o serviço é executado pessoalmente, ao passo que no transporte, o transportador se a obriga a fazer transportar ou transportar.

2. NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, p. 372.

3. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188.

4. CASES, José Maria Trepát. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. VIII, p. 126.

5. ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 725.

6. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2, p. 310.

7. BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 144.

Apesar de existirem traços comuns com a prestação de serviços e o depósito, o transporte se distancia dessas figuras em razão de sua essência ser a trasladação da coisa ou pessoa e não a guarda ou a outra atividade.

Também não há identidade com a locação de veículos, uma vez que nessa locação é o próprio locatário que utiliza o veículo, ao passo que, no transporte, tal utilização é feita pelo transportador⁸. No mesmo caminho, não se pode confundir o transporte com o chamado afretamento, no qual “transporta-se o veículo”⁹, isto é, a pessoa tem à sua disposição um navio ou uma aeronave (charter) e o coloca à disposição de outra pessoa, que vai operar o veículo.

Do mesmo modo, não se pode confundir o transporte com o contrato de reboque. Neste contrato, “uma parte (rebocador) se obriga a proporcionar à outra (rebocado) uma determina força motriz com vista a deslocar ou a ajudar a deslocar um determinado objeto”¹⁰. No reboque, há uma simples obrigação de meio (proporcionar força motriz), ao passo que no transporte há uma obrigação de resultado, movimentar pessoas ou coisas até o destino. Igualmente, não se pode confundir o transporte com os contratos turísticos (pacotes turísticos) que vão muito além do transporte, embora tenham o transporte como uma parte relevante.

2 CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um contrato consensual¹¹, à medida que formado pelo simples encontro de vontades. A entrega da coisa a ser transportada já faz parte da execução do contrato e não da sua formação¹². Não há maiores formalidades para sua celebração sendo um contrato não solene e, normalmente, de adesão¹³, porquanto suas cláusulas são predefinidas pelo transportador, cabendo ao remetente apenas aderir às condições ali impostas.

8. CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e-book, cap. 10, item 10.1.
9. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2, p. 319.
10. ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 732.
11. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 2ª Parte. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 323; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 471-472; CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e-book, cap. 10, item 10.1.
12. GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 307; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. III, p. 287.
13. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 790-791.

O transporte gera obrigações para as duas partes, tanto para o remetente (entregar coisa para o transporte, pagar a passagem ou o frete) quanto para o transportador (transportar e entregar a coisa ao destinatário), sendo possível qualificá-lo como um contrato bilateral.

Também se trata de contrato oneroso¹⁴, porque gera vantagens para ambas as partes do contrato. De modo diverso, César Fiúza afirma que o contrato de transporte poderá ser oneroso ou gratuito, a depender da existência ou não de remuneração para o transportador¹⁵. Araken de Assis também afirma que a onerosidade não deve ser considerada essencial no contrato de transporte¹⁶.

Ousamos discordar deste último entendimento, reiterando que sem remuneração não haverá contrato de transporte. A remuneração consta do conceito de transporte no artigo 730 do CC, podendo essa remuneração ser direta (pagamento do preço) ou indireta (transporte de bagagens sem cobrança de taxas adicionais...). Havendo remuneração mesmo que indireta, o contrato será oneroso. Se não houver nenhum tipo de remuneração, não haverá contrato de transporte, pois o transporte de mera cortesia (carona) não é um contrato (CC – art. 736) e, por isso, não é cogitado nessa classificação.

Especialmente no transporte de mercadorias, o transporte se configura com frequência como um contrato empresarial, isto é, é celebrado entre empresários no exercício da atividade empresarial. Porém, há que se reconhecer que, em muitos casos, o contrato de transporte se desenvolve como um contrato de consumo, sujeitando-se a toda regulamentação protetiva do Código de Defesa do Consumidor.

Cuida-se ainda de um contrato de resultado. Vale dizer, “a obrigação principal do contrato de transporte de passageiro ou coisa é obrigação de resultado”¹⁷, de entrega da coisa ou do passageiro no seu destino. Só haverá adimplemento da obrigação com a entrega das mercadorias ou dos passageiros no destino.

14. CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e-book, cap. 10, item 10.3; GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 307; BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 151; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, p. 372.

15. FIÚZA, César. *Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 328.

16. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2, p. 314.

17. MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, ebook, capítulo 4, item 4.1.

3 MODALIDADES

Como já mencionado, o transporte poderá ser de coisas ou de pessoas, sendo que este último será analisado separadamente. Essencialmente, percebe-se que a diferença entre as duas modalidades será o que se transporta, isto é, se o transporte for de mercadorias, haverá o transporte de coisas, já se o transporte for de passageiros, haverá o transporte de pessoas.

Além da divisão entre transporte de pessoas e de coisas, é fundamental saber qual o meio utilizado para essa movimentação, bem como se foi um único meio ou se foram usados conjuntamente vários.

Quanto aos meios, o transporte pode ser terrestre, quando a movimentação se dá por terra firme. Nesse caso, pode-se subdividi-lo em transporte rodoviário (estradas de rodagem) e transporte ferroviário (estradas de ferro). Ele também pode ser aquático ou aquaviário, quando a movimentação se dá em mares, rios, lagos e canais, sendo subdividido em marítimo (pelo mar) e hidroviário (vias internas). Há ainda a possibilidade do transporte aéreo, por meio do ar e do transporte dutoviário por meio de dutos, como ocorre com gás e combustíveis¹⁸.

Pela variedade de meios, pode-se falar em transporte modal e transporte multimodal. O primeiro se caracteriza pelo uso de apenas um meio de transporte. O último se caracteriza pela utilização de dois ou mais meios de transporte. Nesse caso, pode-se subdividi-lo ainda em transporte multimodal segmentado ou sucessivo. No primeiro caso, são realizados contratos distintos para cada meio utilizado, já no segundo caso é realizado um único contrato, com sua execução por vários transportadores¹⁹.

Dentro da mesma ideia, pode-se diferenciar o transporte cumulativo do transporte sucessivo. No primeiro caso, há uma pluralidade de transportadores, mas todos fazendo parte de um contrato único, como se fosse um único transportador, ou seja, “dois ou mais transportadores celebram um único contrato de transporte com um carregador pelo qual cada um daqueles se obriga a realizar determinado segmento de uma operação complexa de transporte de coisas ou pessoas”²⁰. Já no sucessivo, existem contratos diferentes com cada transportador, mas não há uma unidade de contrato, como existe no contrato cumulativo, ou seja, são vários contratos

18. BOITEUX, Fernando Netto. *Títulos de crédito*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 224.

19. BOITEUX, Fernando Netto. *Títulos de crédito*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 224-225.

20. ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 745.

com vários transportadores diferentes que se sucedem, não havendo uma relação jurídica única, mas várias relações jurídicas diferentes.

4 REMETENTE OU CARREGADOR

O remetente é quem entrega a mercadoria e requer sua movimentação. O transportador é quem recebe a mercadoria e tem a obrigação de custodiá-la e entregá-la no destino. O remetente ou expedidor contrata o transportador para levar bens para o destinatário ou consignatário. Tal avença é firmada, a princípio, entre duas pessoas: o remetente e o transportador²¹.

4.1 Direitos do remetente

Como é da essência do contrato, o remetente tem o direito de exigir o seu cumprimento, isto é, ele tem o direito de exigir que a mercadoria seja entregue no destino, conforme combinado. Nesta perspectiva, o remetente tem direito de exigir que o transportador tenha cuidado e diligência com a coisa, buscando eventualmente compensações pelo inadimplemento.

Além disso, até a entrega da coisa, pode o remetente desistir do transporte, podendo pedir a mercadoria de volta ou definir novo destino. Neste caso, o transportador tem o dever de aceitar a mudança do destino ou a desistência²². Em qualquer caso, o remetente arcará com as despesas acrescidas ao transportador, além de responder por perdas e danos, conforme o caso.

4.2 Obrigações do remetente

Pode-se afirmar que o remente possui as seguintes obrigações: a) entregar a coisa a ser transportada; b) acondicionar a coisa adequadamente; c) declarar o valor e a natureza da coisa; e d) pagar o frete.

Em primeiro lugar, o remetente é obrigado a entregar a coisa para o transportador. Não se trata de requisito para a celebração do contrato, que é consensual, aperfeiçoando-se a partir do simples encontro de vontades. Assim, a entrega da coisa já é parte da execução do contrato.

21. NAVARRINI, Umberto. *Diritto commerciale*. 5. ed. Torino: UTET, 1937, v. 1, p. 282.

22. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2, p. 390.

Outrossim, o remetente é obrigado a acondicionar a carga adequadamente, sob pena de o transportador poder recusar o seu transporte (CC – art. 746). O tipo de embalagem usado pode variar muito e deve ser adequada à finalidade de manter a integridade da coisa transportada e do próprio veículo

Além disso, o remetente é obrigado a declarar o valor e a natureza da coisa para fins de responsabilidade sobre a perda da coisa (valor a indenizar). A depender da coisa transportada (materiais perigosos...), tal obrigação é ainda mais importante, tendo em vista os cuidados necessários nesse transporte. Também é dever do remetente qualificar o destinatário, com seu nome completo e endereço.

O transportador pode se contentar com a informação prestada pelo remetente ou, por sua escolha, pode fazer a verificação do que está sendo efetivamente transportado. Havendo a confirmação da declaração do remetente, o transportador deve acondicionar a coisa novamente, por sua conta. Havendo divergências entre o declarado e o efetivamente entregue, o transporte ainda pode ser feito se for apresentada declaração retificadora. Naturalmente, não será possível o transporte, no caso de mercadorias cujo transporte é proibido, ou de cargas perigosas, sem a devida autorização.

No caso de informação incorreta ou falsa, causando prejuízo ao transportador, este terá direito a uma indenização contra o remetente, cuja ação deve ser ajuizada no prazo de 120 dias (CC – art. 745), contados da emissão do conhecimento de transporte²³. Outrossim, no caso de punição administrativa ao transportador, o prazo de 120 dias não pode ser contado da emissão do conhecimento, pois ainda não existe o dano, ainda não existe a pretensão. Logo, nesses casos, deve se contar o prazo do fim do processo administrativo.

A literalidade do artigo 745 do CC fala em prazo decadencial, natureza confirmada por José Maria Trepas Cases²⁴. Bruno Miragem assevera que o caso é de “decadência do direito de reconhecer e declarar a falsidade ou inexatidão de declarações ou informações, esta causa da pretensão de indenização”²⁵. No entanto, o artigo 745 do CC fala que “a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias” e a ação é uma ação de inde-

23. NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, p. 378.

24. CASES, José Maria Trepas. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. VIII, p. 184.

25. MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, ebook, capítulo 6, item 6.2.2.

nização pelos danos sofridos, logo, a hipótese é de prescrição. Como se trata de uma pretensão²⁶ ao ressarcimento de perdas e danos, nos parece mais adequado entender tal prazo como prescricional²⁷.

Ademais, o remetente é obrigado a remunerar o transportador pagando o preço ajustado, que será denominado de frete no transporte de coisas e passagem no transporte de pessoas. Nem sempre haverá pagamento específico pelo frete, pois há casos de remuneração indireta ao transportador (ex.: remuneração inserida num contrato de compra e venda), que ainda assim configura um contrato de transporte. Reitere-se que, se não houver nenhum tipo de remuneração, direta ou indireta, não será configurado o contrato de transporte, mas outra figura jurídica.

5 TRANSPORTADOR

Assim como o remetente, o transportador ao celebrar o contrato, passa a ter direitos e obrigações e, eventualmente, até responsabilidade.

5.1 Direitos do transportador

Naturalmente, pela onerosidade do contrato de transporte, o transportador tem o direito de receber o preço pactuado. Reitere-se que se não houver nenhum tipo de remuneração, não haverá contrato de transporte, pois o transporte de mera cortesia (carona) não é um contrato (CC – art. 736). No caso de contraordem do remetente (desistência ou mudança de destino), o transportador terá direito a receber as despesas a mais incorridas, sem prejuízo de perdas e danos.

Além disso, o transportador tem o direito de exigir que o remetente identifique a coisa a ser transportada, de modo que ele possa ter ciência do que está transportando. Deve-se identificar a natureza, valor, peso e quantidade, e qualquer outra informação relevante. A falsidade, nestas informações, dá ao transportador o direito a buscar uma indenização pelos prejuízos sofridos, em ação a ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias (CC – art. 745).

26. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

27. ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2, p. 385-386; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, cap. 15, item 15.4.

CONTRATOS BANCÁRIOS

1 CONTRATOS DE CRÉDITO

As atividades econômicas, de modo geral, ganharam volume e intensidade em razão da expansão do fenômeno do crédito. “O crédito, hoje em dia, é um pressuposto necessário da atividade econômica”¹. Assim, em todas as atividades econômicas é possível ver operações jurídicas que envolvem necessariamente o crédito. Não há como imaginar o desenvolvimento atual da economia sem essas operações de crédito.

Para João Eunápio Borges, “o crédito é, pois, economicamente, a negociação de uma obrigação futura; é a utilização dessa obrigação futura para a realização de negócios atuais. É, em suma, como diz Werner Sombart, o poder de compra conferido a quem não tem o dinheiro necessário para realizá-la”². De modo similar, J. X. Carvalho de Mendonça afirmam que a operação de crédito é aquela “mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura”³.

Em última análise, vemos operações de crédito, sempre que houve uma prestação atual (ex.: entrega de uma mercadoria) realizada em troca

1. BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 57, 1962, p. 207.
2. BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 7.
3. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, vol. V, parte I, p. 51.

de uma prestação futura (ex.: promessa de pagamento em dinheiro). Sempre que houver esse tipo de troca, teremos operações de crédito. Dentro dessa ideia, o universo das operações de crédito é enorme e abrange os mais variados negócios jurídicos, que podem ser instrumentalizados em títulos de crédito e em contratos.

Com efeito, as operações de crédito podem ser representadas em diversos contratos diferentes, sempre que houver a troca de um valor atual por um valor futuro. Ocorre que existem determinados contratos de crédito que envolvem a entrega de dinheiro de imediato em troca de uma prestação futura também de dinheiro. Para fins do presente trabalho, os contratos que envolvem essa troca de dinheiro atual por dinheiro futuro é que serão considerados os contratos de crédito em sentido estrito.

2 OS CONTRATOS BANCÁRIOS

As operações de crédito em sentido estrito se tornaram tão importantes que surgiu um campo, específico, formal e institucionalizado para essas operações, qual seja, o chamado mercado de crédito, operacionalizado pelas instituições financeiras⁴.

Dentro da economia como um todo, existem dois tipos de sujeitos: os poupadores ou superavitários e os tomadores ou deficitários. O primeiro grupo de sujeitos se caracteriza justamente pela sobra de recursos no seu patrimônio, para suas atividades cotidianas. Já o segundo grupo, se caracteriza pela falta dos recursos para as atividades que querem desenvolver. Para promover o encontro entre esses dois grupos, surgiu o chamado mercado financeiro, entendido como aquele em que “se permite o encontro entre agentes detentores de recursos (ou superavitários) e agentes que, por qualquer motivo, precisam de recursos para o desenvolvimento de suas atividades”⁵.

Dentro do mercado financeiro, em sentido amplo, há um mercado financeiro em sentido estrito (mercado de crédito ou bancário) que se caracteriza pela atuação de um intermediário profissional entre os poupadores e os tomadores, vale dizer, esse intermediário capta recursos junto

4. BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 57, 1962, p. 216.

5. YAZBEK, Octávio. Mercado de capitais. In: COELHO, Fábio Ulhoa. (coordenador). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, p. 228.

aos poupadores e os fornece aos tomadores, em operações de intermediação do crédito. Esses intermediários profissionais são as instituições financeiras que realizarão operações para os dois sentidos, em especial, por meio de contratos.

A partir da experiência desses contratos, surgiu a categoria dos contratos bancários, cujo conceito gera muitas controvérsias na doutrina.

Alguns autores adotaram um critério objetivo para definir um contrato como bancário, afirmando que todos os contratos que envolvam uma intermediação do crédito podem ser considerados contratos bancários. Por esse critério, não se exigiria a participação de qualquer intermediário profissional, mas apenas a intermediação do crédito para qualificá-lo como um contrato bancário. Apesar de possuir respeitáveis defensores, essa teoria é objeto de severas críticas, em especial, porque há regras para os contratos bancários que não podem se estender aos contratos entre particulares, ainda que haja uma grande semelhança entre eles. Existe uma grande rede de proteção para os contratos bancários, que só se justifica diante da participação das instituições financeiras nesses contratos.

Ao lado do critério objetivo, se desenvolveu o critério subjetivo, que considera como contrato bancário, qualquer contrato que tenha como parte uma instituição financeira na operação⁶. Para essa linha de interpretação, sempre que houver uma instituição financeira na operação, estaremos diante de um contrato bancário. Embora bastante aceita, tal teoria peca por sua generalidade, pois uma instituição financeira pode celebrar diversos contratos relativos a serviços de limpeza e vigilância, por exemplo, que não justificam o tratamento especial dos contratos bancários.

Diante das críticas às duas teorias desenvolvidas, foi desenvolvida uma teoria mista que só considera como contrato bancário aquele que tenha como parte uma instituição financeira e tenha como objeto a intermediação do crédito. A nosso ver, tal visão é a mais acertada, pois, apenas na combinação do elemento subjetivo com o elemento objetivo é que se justificará o tratamento especial para os contratos bancários. Nesta linha de entendimento, o contrato bancário deve ser entendido como “o acordo

6. SIMÃO FILHO, Adalberto. Sistema interpretativo da rede conexional de contratos em ambiente de sociedade informacional. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 60-61; GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 323; SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 169.

entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito”⁷.

3 ELEMENTOS DO CONTRATO BANCÁRIO

Pelo já exposto, para configurar um contrato como bancário, são necessários alguns elementos, quais sejam: um sujeito específico (instituição financeira), um objeto específico (o crédito) e uma causa.

3.1 Instituições financeiras

Para haver um contrato bancário, figurarão no contrato de um lado uma instituição financeira e de outro lado um cliente. Qualquer tipo de sujeito pode ser inserido na condição de cliente, no contrato bancário, mas, apenas determinados sujeitos podem ser considerados instituições financeiras.

As instituições financeiras ou bancos, em sentido geral, são aqueles entes que se dedicam profissionalmente ao exercício de operações de crédito e como tal possuem uma organização específica⁸. Em outras palavras, a instituição financeira (banco em sentido amplo) é “a empresa que, com fundos próprios ou de terceiros, faz da negociação de crédito sua atividade principal”⁹. Assim, sempre teremos como instituição financeira um intermediário profissional, apto a atuar no mercado de crédito.

Sobre o tema, a Lei n. 4.595/64 diz que “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

No conceito legal, há uma referência a três atividades principais - coleta, intermediação ou aplicação – e uma atividade acessória: a custódia de valores. Para interpretar o conceito, não se pode olhar para cada uma das atividades isoladamente, sob pena de considerar um número muito grande de atividades como privativas das instituições financeiras. Diante

7. COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 2001, p. 47.

8. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1972, v. 5, p. 138.

9. ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 44.

disso, é essencial considerar as três atividades – coleta, intermediação e aplicação – como um conjunto combinado de atos que representam a atividade profissional característica das instituições financeiras¹⁰. Essas instituições financeiras serão sociedades anônimas ou cooperativas de crédito, autorizadas e supervisionadas pelo Banco Central do Brasil.

Dentro do universo das instituições financeiras, existe um grupo muito diferente de sujeitos, de acordo com suas atividades principais. São instituições financeiras os bancos, as distribuidoras e corretoras de títulos e valores mobiliários, as casas de câmbio, as operadoras de *leasing*, as cooperativas de crédito e as administradoras de consórcio (Lei n. 11.795/2008 – art. 39).

Os bancos são “instituições creditícias de caráter genérico, cuja função é a captação e repasse de recursos sem o caráter de especialização em/ ou preponderância de certo tipo de negócio que caracteriza as sociedades de crédito, financiamento e investimento e as sociedades de arrendamento mercantil”¹¹. Dentro da ideia dos bancos, existem os bancos comerciais que se destinam a captar recursos e fornecê-los para financiar as atividades de médio e curto prazo dos agentes econômicos e das pessoas físicas. Também dentro da ideia dos bancos, está a figura dos bancos de investimento que se destinam a operações de investimento e financiamentos de médio e longo prazo. Existem também os bancos de desenvolvimento, como o BNDES, que tem por objetivo conceder financiamentos para atividades que guardem relação com desenvolvimento econômico e social do território. Também existe a figura dos bancos de câmbio, especializados nas atividades de compra e venda de moeda estrangeira. Por fim, existem as figuras dos bancos múltiplos, que se destinam a várias atividades, inclusive às atividades típicas dos bancos comerciais.

Ao lado dos bancos, existem as sociedades de crédito, financiamento e investimento que se destinam ao financiamento de capital de giro, ou para aquisição imediata de produtos ou serviços. No mesmo caminho, existem as sociedades de crédito imobiliário e companhias hipotecárias que são especializadas em financiamentos imobiliários. De modo similar, estão inseridas as associações de poupança e empréstimo que também atuam destinadas ao setor habitacional.

10. WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário: contratos e operações bancárias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38.

11. SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

Há mais algumas instituições financeiras, que se concentram em atividades específicas. Assim, as cooperativas de créditos que se destinam ao fornecimento de crédito para os seus cooperados. Também, as sociedades de arrendamento mercantil que se destinam à realização das operações de leasing. De modo similar, existem as administradoras de consórcio, que se destinam especificamente a essas atividades relativas aos consórcios. As corretoras de títulos e valores mobiliários (CTVM) e as distribuidoras de títulos e valores mobiliários (DTVM) atuam nos mercados financeiro e de capitais e no mercado cambial intermediando a negociação de títulos e valores mobiliários entre investidores e tomadores de recursos.

Mais recentemente, surgiram as FINTECHS, entendidas como “startups criadas para as áreas de serviços financeiros, sendo que se diferenciam dos bancos tradicionais em razão de seu processo ser fundamentado em tecnologia. Assim, as **Fintechs** fornecem serviços ou produtos financeiros que melhorem aqueles já ofertados pelos bancos tradicionais”¹². O universo das **Fintechs** é muito amplo, dada a sua grande utilização para novos modelos de negócio.

Especificamente para o presente trabalho, será importante observar as **Fintechs** de crédito, em suas duas espécies autorizadas pelo Banco Central para funcionamento no país: a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP). As SCD são instituições financeiras que operacionalizam crédito, exclusivamente em sua plataforma eletrônica, mediante recursos próprios ou oriundos do BNDES. Já as SEP realizam apenas a intermediação do empréstimo entre pessoas (peer-to-peer lending) por meio de sua plataforma eletrônica.

3.2 O CRÉDITO

Além da presença de uma instituição financeira em um dos polos, os contratos bancários se caracterizam por terem como seu objeto o crédito. Por vezes, as instituições financeiras recebem o crédito (ex.: depósito bancário) e, por vezes, elas concedem o crédito (ex.: mútuo bancário). Em todo caso, sempre haverá uma operação de crédito num contrato bancário.

12. RIBEIRO, Lucas de Mello. Uma visão sobre as fintechs e sua legislação. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/260587/uma-visao-sobre-as-fintechs-e-sua-legislacao>. Acesso em 16 fev 2021.

Na relação jurídica de crédito, haverá sempre uma troca no tempo, isto é, uma pessoa entrega um bem atual em troca de um bem futuro (uma prestação futura). Essa troca no tempo só se realizará se houver uma relação de confiança, ainda que em fatores objetivos. Além da confiança e do prazo, Sérgio Carlos Covello identifica ainda o interesse e o risco¹³ nas operações de crédito. O interesse aqui referido é a remuneração pela concessão do crédito, ou seja, os juros pagos pelo crédito, o que será presumido nas operações bancárias de concessão de crédito. Quanto ao risco, ele efetivamente é inerente a todo tipo de crédito, mas acaba se inserindo na ideia mais ampla do próprio tempo entre as prestações.

3.3 A mobilização do crédito

Como já mencionado, os contratos bancários são instrumentos utilizados pelas instituições financeiras para intermediação entre os tomadores e os poupadores. As instituições financeiras criam uma estrutura profissional para coletar, intermediar e aplicar os recursos financeiros presentes nos agentes econômicos superavitários. Dentro dessa perspectiva, a causa do negócio jurídico é a mobilização do crédito¹⁴, no sentido de movimentação dos recursos financeiros por meio dessa estrutura profissional criada.

4 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Os contratos bancários, embora se insiram dentro da ideia geral dos contratos, possuem algumas características próprias que os diferenciam de outras figuras contratuais.

Arnaldo Rizzardo aponta, como primeira característica dos contratos bancários, o seu caráter pecuniário, isto é, são contratos que têm por objeto específicos valores em dinheiro¹⁵. Além disso, as operações bancárias representam necessariamente uma atividade de massa, dependendo de uma operacionalização em escala. As operações bancárias só funcionam nessa perspectiva de negócios em série, que se viabilizam por meio de uma padronização contratual. Daí ser possível falar, também, que estamos diante de contratos de adesão¹⁶.

13. COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 49-50.

14. COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 52.

15. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

16. COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 54.

A realização de operação em massa acaba trazendo uma complexidade para os negócios bancários, no sentido de uma constante evolução e sofisticação das operações. Os negócios bancários não podem ficar estagnados, diante de uma constante mudança da realidade das atividades econômicas.

Diante disso, é essencial que a atividade bancária se desenvolva em caráter profissional, isto é, com um caráter de reiteração e habitualidade que a torne a vida quotidiana da instituição financeira. Assim sendo, a instituição financeira precisa organizar sua atividade para esse exercício profissional. Essa organização profissional de pessoa, capital, tecnologia torna a atividade bancária uma típica atividade empresarial de intermediação do crédito.

Apesar de se tratar de uma atividade de massa, as operações bancárias lidam com informações sensíveis dos clientes, com dados da sua intimidade que não podem ser abertos ao público de modo geral. Assim, é fundamental que haja um sigilo na atuação bancária, vale dizer, as instituições financeiras devem resguardar os dados de seus clientes. Não se trata de um sigilo absoluto, pois há situações excepcionais em que ele pode ser relativizado. De todo modo, o princípio geral para o funcionamento da atividade bancária é a guarda do sigilo das informações.

5 REDE DE PROTEÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Pela importância da atividade bancária, para a economia de cada país e até do mundo, os Estados, individualmente ou em conjunto, passaram dar uma atenção maior para as instituições financeiras. A ideia é evitar um risco sistêmico de prejuízo para todo o sistema financeiro, com reflexos terríveis em todas as atividades econômicas. A proteção à economia popular e ao sistema de pagamentos, bem como a manutenção da solvência e estabilidade do sistema financeiro, justifica uma série de medidas de proteção ao sistema financeiro na realização dos seus contratos¹⁷, daí falar-se em uma rede de proteção para as atividades bancárias.

Integra a rede de proteção, inicialmente, a autorização estatal para o funcionamento de instituições financeiras. Embora o regime geral de constituição das atividades econômicas seja o da liberdade, em alguns setores, em especial o setor financeiro, há uma necessidade maior de controle de quem vai poder exercer essas atividades. Assim sendo, o Banco Central vai

17. RODRIGUES, Frederico Viana. *Insolvência bancária*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 65-70.

verificar as condições patrimoniais e pessoais das pessoas que pretendem iniciar uma instituição financeira, estabelecendo condições como um patrimônio mínimo e requisitos mais rígidos para a ocupação de cargos de gestão. Tenta-se evitar aventureiros no setor, cujas atividades geram mais risco do que benefícios.

Diante de crises financeiras recentes, surgiram também como um instrumento da rede de proteção dos contratos bancários, as chamadas regras prudenciais que representam, em últimas análise, parâmetros para a assunção de riscos pelas instituições financeiras¹⁸. Essas regras prudenciais, que vem sendo fixadas pelo Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, tentam prevenir situações de exposição muito grande das instituições a riscos, que possam dificultar sua própria continuidade em funcionamento. Essas regras vão se concentrar, portanto, nas condições de liquidez e solvência das instituições financeiras.

De modo complementar, existe a supervisão e a fiscalização comportamental que dizem respeito à atuação da instituição financeira internamente e nas suas relações com a clientela¹⁹. Dentro dessa ideia, o Banco Central acompanhará de perto a atuação das instituições financeiras, determinando a adoção de comportamentos que sejam compatíveis com o adequado funcionamento do sistema e, eventualmente, até aplicando punições.

Além de fiscalizar e supervisionar, o Banco Central também possui instrumentos de auxílio às instituições financeiras, para melhoria de sua liquidez. Por vezes, o banco não é insolvente, mas não possui disponibilidade de caixa para pagar suas obrigações imediatas. Nessas situações, podem recorrer ao Banco Central em um mecanismo de redesconto, isto é, de revenda de títulos adquiridos pela instituição financeira, com taxas de juros bem interessantes para elas. Com essa janela de redesconto, pode-se conseguir superar os momentos de crise de liquidez da instituição financeira²⁰.

Nem sempre é possível evitar que a instituição financeira se torne insolvente, mesmo com mecanismos de assistência de liquidez e aplicação de regras prudenciais. Nesses casos, porém, não se pode permitir a aplicação geral das mesmas medidas existentes para lidar com a insol-

18. WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário: contratos e operações bancárias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

19. MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, Cap. 4, item 2.1.1.

20. WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário: contratos e operações bancárias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

vência nos setores econômicos de modo geral, sendo essencial a criação de regimes especiais. As crises das instituições financeiras podem afetar outras instituições financeiras e até outros países²¹, por isso, “veio a perceber-se que, em caso de seu insucesso econômico e financeiro, a sua ruína não constituía simples problema de ordem privada. Suas repercussões funestas no meio social econômico não poderiam deixar desatento e desinteressado o Estado”²². Em razão disso, foram criados regimes especiais de atuação da própria administração pública para lidar com as crises de tais entidades.

Para as instituições financeiras em crise, existem a intervenção (Lei n. 6.024/74), a liquidação extrajudicial (Lei n. 6.024/74) e o Regime de Administração Especial Temporária (RAET) (Decreto-lei n. 2.321/87), além do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER) (Lei n. 9.447/97), que não constitui propriamente um regime especial, mas está relacionado ao tratamento das crises das instituições financeiras. A ideia em todos esses casos é evitar um risco sistêmico de prejuízo para todo o sistema financeiro²³.

Em complemento a esses regimes, exige-se ainda a criação de um seguro-depósito, que assegura a devolução imediata de valores aos clientes, no caso da decretação de algum dos regimes especiais²⁴. Esse seguro-depósito, é gerido pelo Fundo Garantidor de Créditos - FGC, uma associação privada, que tem como associados as instituições financeiras que se obrigam a contribuir para um fundo comum, que devolverá o valor de até R\$ 250.000,00 por CPF ou CNPJ afetado pela insolvência da instituição financeira.

6 DIVISÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS: OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Os contratos bancários, de modo geral, servem para a efetivação de operações bancárias, vale dizer, os contratos bancários servem para a realização de atividades negociais variadas, que exigem a presença de

21. MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, Cap. 6, item 1.
22. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 199-200.
23. SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008, p. 289.
24. WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário: contratos e operações bancárias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 58.