

***O CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL À LUZ DAS RELAÇÕES COMERCIAIS
DA ATUALIDADE***

Juliana Maria D'Macêdo

Mestranda em Direito Comercial pela PUC/SP. Advogada.

Marília Canto Gusso

Mestranda em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Advogada.

Área do Direito: Civil; Comercial; Consumidor

Resumo: O presente trabalho tem como principal objetivo elucidar diversos aspectos do contrato de comissão mercantil, o que foi possível por meio do estudo da questão histórica envolvida neste instituto e os avanços, tanto doutrinários, quanto legislativos e jurisprudenciais, que contribuíram para o seu desenvolvimento. Além do estudo das características do contrato de comissão mercantil, este artigo buscou analisa-lo do ponto de vista da lei de recuperações e falências, do Código de Defesa do Consumidor e da legislação tributária, pontuando, ao final, questões relevantes a respeito da matéria, sobre as quais ainda não há consenso entre os estudiosos do tema.

Palavras-chave: Contrato de comissão mercantil – Comitente – Comissário – Cláusula “del credere” – Mandato – Representação.

Abstract: This present work aims to elucidate various aspects of the trade commission agreement, what was possible through the study of historical aspects of this institute and of the advancements – by legal doctrine, legislative changes and jurisprudence – which contributed to its development. Besides the study of the characteristics of the trade commission contract, this paper aimed to analyze it from the point of view of Bankruptcy Code, the Consumer Code and tax legislation, pointing out, in the end, relevant questions that have not been consensual between the theme's scholars.

Keywords: Trade Commission Agreement – Principal – Commissioner – “Del credere” Clause – Proxy – Representation.

Sumário: 1. Introdução – 2. Origem Histórica – 3. Contrato de Comissão Mercantil: 3.1 Definição e Objeto; 3.2 Classificação; 3.3 Sujeitos – 4. Aspectos Gerais: 4.1 Obrigações do Comitente; 4.2 Obrigações do Comissário; 4.3 Cláusula “del credere” – 5. Extinção do Contrato de Comissão Mercantil – 6. O Contrato de Comissão Mercantil na Lei nº 11.101/2005 – 7. O Contrato de Comissão Mercantil no Código de Defesa do Consumidor – 8. Aspectos Tributários do Contrato de Comissão Mercantil – 9. Conclusão – Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O contrato de comissão mercantil é um tipo contratual que está inserido no direito comercial no conjunto dos contratos de colaboração e a sua origem está profundamente ligada à necessidade de expansão da economia através da circulação de mercadorias.

Na Antiguidade Clássica, relações jurídicas precursoras da comissão mercantil eram utilizadas para garantir o aumento do raio de alcance dos produtos à época manufaturados.

A cada século transcorrido, a contratação da comissão mercantil se tornava mais forte e presente no direito comercial e, com o estabelecimento de uma Colônia de Portugal no Brasil, essa modalidade contratual foi inserida nas relações comerciais que passaram a ser desenvolvidas no país.

O Código Comercial de 1850 foi a primeira norma a regulamentar o contrato de comissão mercantil, contudo, antes disso, a sua aplicação era regulada pelos usos e costumes.

Já no início do século XXI, no processo que culminou com a reforma do direito comercial brasileiro, o contrato de comissão mercantil foi novamente objeto de regulamentação, desta vez por meio do Código Civil de 2002, que adaptou o instituto à nova realidade empresarial.

O contrato de comissão mercantil, hoje abordado nos artigos 693 a 709 do Código Civil, tem a ausência de representatividade do contratante pelo contratado como característica

essencial de sua distinção em relação aos demais contratos de colaboração, circunstância que promove a facilitação da circulação de produtos e/ou serviços no mercado.

Independentemente da evolução do fluxo de informações no mundo moderno, a disseminação de um produto, superando as barreiras logísticas, é uma questão essencial para o sucesso da atividade empresarial.

2. ORIGEM HISTÓRICA

A comissão mercantil é uma relação contratual relacionada à atividade comercial e que foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Comercial de 1850, não obstante alguns doutrinadores reconhecerem que sua existência nas relações comerciais brasileiras é anterior à codificação e estava baseada nos usos e costumes.

O momento histórico do surgimento da relação contratual que deu origem ao contrato de comissão mercantil na era Moderna é bastante discutido na doutrina contratualista, uma vez que alguns defendem ter sido ainda na Antiguidade e outros defendem que o seu surgimento ocorreu apenas na Idade Média.

Contudo, independentemente do momento histórico e do local onde tenha surgido, é unânime o reconhecimento de que as relações obrigacionais precursoras do contrato de comissão mercantil estão vinculadas às expansões comerciais que exigiam a facilitação da circulação de mercadorias em face de uma logística adversa.

Durante o Império Romano, a origem remota do contrato de comissão teria sido a designação de *Institutores* pelo *Dominus* (dono do negócio) para direção de seus negócios¹, uma vez que o exercício da mercancia era considerado uma atividade incompatível com os Patrícios, que deveriam dedicar-se à política, à magistratura ou à religião, apesar de serem os grandes senhores de terra.

Apesar de apresentar grande similitude com os hodiernos contratos de representação ou mandato, a relação jurídica estabelecida entre os *Institutores* e os *Dominus* durante o Império Romano possuía uma característica capaz de a distinguir daqueles, qual

¹ PENALVA SANTOS, J. A. *Os Contratos Mercantis à Luz do Código Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 75.

seja, os *Institutores* só poderiam agir em nome próprio. Sobre tal característica discorre Soyla León Tovar²:

Por otra parte, el derecho romano desconoció la representación y no admitió que los efectos de un acto jurídico celebrado por una persona produjera efectos jurídicos en otra; por ello, el *procurator* (*institor* para la empresa terrestre, *exercitor* para la marítima; o *jussum* para un negocio especial) encargado de cumplir un acto jurídico sólo podría ejecutarlo en su propio nombre; sin embargo, con Justiniano se admitieron algunas excepciones que reconocieran efectos parciales a la representación, tales como la *actio excercitoria* y la *actio institoria*.

O declínio e extinção do Império Romano representaram uma mudança significativa nas relações comerciais, uma vez que a expansão da economia que fora impulsionada através das conquistas realizadas pelo exército Romano foi sufocada pela necessidade de modificação da estrutura social, que ficou reduzida arquitetônica e comercialmente aos limites das fortificações das vilas feudais em virtude das constantes ameaças de invasões e saques dos bárbaros.

Na Idade Média, a relação contratual de comissão mercantil começou a ser moldada ainda no Século XIII pelo comércio praticado no âmbito da Liga Hanseática³, na qual os comerciantes dos burgos que compunham a liga estabeleceram entre si uma rede de circulação de mercadorias que possibilitava a superação de óbices logísticos.

A experiência da Liga Hanseática foi aproveitada pelas corporações de ofício que, fortalecidas pela criação de novas rotas de circulação entre a Europa, o Norte da África e o Oriente Médio, e pela evolução do sistema bancário, ocorrida em virtude das Cruzadas, expandiram seus negócios através do contrato de *commenda*, no qual “(...) encarregavam-se os comerciantes da praça de empreender certas negociações, poupando despesas e frustrando a proibição de comércio por estrangeiros”⁴.

No Século XVI, as relações comerciais tomaram novas proporções com o Mercantilismo e as grandes navegações. Os Estados, que à época do fim da Idade Média

² LEÓN TOVAR, Soyla H. El contrato de comisión mercantil. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D. F., México, n. 62, p. 623-647, maio/ago. 1988. Disponível em [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/62/art/art1.pdf>]. Acesso em: 31.05.2013.

³ Aliança de cidades mercantis que estabeleceu e manteve um monopólio comercial sobre quase todo norte da Europa entre o final da Idade Média e o início da Idade Moderna.

⁴ PENALVA SANTOS, op. cit., p. 75.

estavam em um processo de estruturação, estavam fortalecidos e precisavam expandir seus mercados consumidores para além dos limites territoriais já conhecidos.

Sobre o assunto, José Maria Trepat Cases⁵ afirma que “a comissão já era conhecida dos gregos, representada pelo vendedor ou trocador de coisas velhas. Mas sua utilização foi impulsionada na metade do século XVI pela desenvoltura do comércio a países distantes, ante a dificuldade de se obterem informações sobre as pessoas com as quais se ia contratar. Por isso, tornou-se habitual transferir a tarefa da negociação a outrem que tomaria para si a obrigação e a responsabilidade de agir em seu próprio nome, para vender as mercadorias que lhes eram confiadas ou adquirir as que lhes encomendavam, mas sempre por ordem de comerciantes e produtores. A recompensa era partilhada entre os comerciantes, o que tornava o negócio interessante e conveniente para todos”.

Como se pode verificar, os contornos estabelecidos nas relações obrigacionais firmadas ainda no Século XVI delinearam o contrato de comissão mercantil na forma como observamos a sua aplicação jurídica na atualidade.

No Brasil, do mesmo modo, a comissão mercantil desempenhou um papel muito importante na evolução da economia.

Entre o período do Brasil Colônia e o 1º Império, o Brasil não contava com uma legislação comercial própria e as atividades mercantis foram reguladas primeiramente pelas ordenações portuguesas (Brasil Colônia) e pela aplicação da Lei da Boa Razão “que determinava a aplicação subsidiária, entre nós, das leis comerciais vigentes nas ‘nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência’, fazendo com que aqui fossem aplicadas a legislação comercial francesa e a espanhola”⁶.

Em 1850, foi sancionada pelo Imperador Dom Pedro II a Lei nº 558, pela qual foi instituído o Código Comercial, que abordou o negócio jurídico da comissão mercantil. O artigo 165 do Código Comercial de 1850 definiu a comissão mercantil nos seguintes termos:

⁵ CASES, José Maria Trepat. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.) *Código Civil Comentado: Artigos 693 a 817*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 8, p. 20-21.

⁶ BERTOLDI, Marcelo M. & RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

Art. 165 – A comissão mercantil é o contrato do mandato relativo a negócios mercantis, quando, pelo menos, o comissário é comerciante, sem que nesta gestão seja necessário declarar ou mencionar o nome do comitente.

A comissão mercantil foi aplicada em larga escala no país, que àquele momento era um grande exportador de *commodities* agrícolas como o café⁷, o açúcar e a borracha. Assim como na Antiguidade, na Idade Média e na Idade Moderna, novamente a logística desempenhou papel fundamental na difusão da comissão mercantil como uma alternativa financeiramente viável no processo de ampliação dos mercados consumidores⁸.

Em janeiro de 2003, entrou em vigor a Lei nº 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil brasileiro. A nova codificação promoveu significativas mudanças no direito comercial brasileiro, posto que se inspirou no Código Civil Italiano de 1942 para promover a unificação das matérias comercial e civil, bem como adotou a teoria da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio como fundamento jurídico para caracterização da atividade empresarial.

O artigo 2.045 do Código Civil revogou de maneira expressa a Primeira Parte do Código Comercial de 1850 e o contrato de comissão mercantil passou então a ser regulado pelos artigos 693 a 709 do novo Código Civil, que serão objeto de análise nos próximos capítulos desta monografia.

3. CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL

Conforme mencionado no capítulo anterior, a comissão mercantil é uma espécie contratual regulada pela Lei nº 10.406/2002, em seus artigos 693 a 709.

⁷ De acordo com Carlos Aberto Gonçalves: “Os comissários atuavam nas operações de exportação, armazenagem e venda interna de café, acumulando as funções de banqueiros e concluindo contratos de diversas naturezas. Sua atividade foi sendo reduzida com o surgimento das cooperativas agrícolas e o sistema de crédito rural implantado pelo Banco do Brasil, ficando restrita praticamente à atividade de exportação, ligada a empresas multinacionais”. (GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3., p. 449).

⁸ “No Brasil, a comissão desempenhou papel relevante no comércio cafeeiro, bem como nos negócios de vendas de automóveis de passeio ou de transporte de cargas, de máquinas agrícolas, de aparelhos de uso doméstico, quando os recursos financeiros dos comerciantes não eram ainda suficientes ao pleno desenvolvimento dos negócios mercantis.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do Contrato de Comissão no Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 814. p. 23).

O estudo da relação contratual de comissão mercantil merece ser esmiuçado com bastante cautela, pois são algumas especificidades que o diferenciam de outras espécies contratuais que são comumente utilizadas no direito comercial.

3.1 Definição e Objeto

A definição do contrato de comissão mercantil está relacionada essencialmente ao seu objeto, tendo sido descrito pelo legislador no artigo 693 do Código Civil como o contrato que “tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente”.

O contrato de comissão mercantil recebeu, no Código Civil de 2002, uma definição clara e bem delimitada em relação ao seu objeto, não se estendendo sobre ele quaisquer dúvidas que poderiam emergir da definição trazida pelos artigos 165 e seguintes do Código Comercial revogado⁹⁻¹⁰. Limitado o escopo da comissão mercantil à aquisição ou à venda de bens, a característica que a diferencia de outros tipos contratuais, que estão estruturados sob o segmento classificado como contratos de colaboração ou distribuição¹¹, resta assentada na ausência de representatividade do comissário em relação ao comitente.

Apesar da aparente simplicidade da estrutura do contrato de comissão mercantil, é bastante válido recorrer à definição de Fran Martins¹² para melhor compreendê-lo:

⁹ Artigo 165 do Código Comercial/1850 – A comissão mercantil é o contrato do mandato relativo a negócios mercantis, quando, pelo menos, o comissário é comerciante, sem que nesta gestão seja necessário declarar ou mencionar o nome do comitente.

¹⁰ “O novo Código, no entanto, ao incorporar o instituto, traduziu-o de forma clara e simples, afastando a antiga discussão decorrente da imperfeição legislativa do Código Comercial, que a conceituava como contrato de mandato.” (CASES, *op.cit.*, p. 19)

¹¹ “No elenco ‘contratos de distribuição’ em sentido amplo, integrando a categoria dos ‘chamados contratos de colaboração empresarial’, situam-se contratos empresariais, utilizados entre empresários para a colocação no mercado dos produtos ou serviços, produzidos ou prestados por um deles”. (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 253)

¹² MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 16 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 277.

Comissão é o contrato segundo o qual uma pessoa se obriga a, em seu próprio nome, adquirir bens para outra pessoa ou vender bens de outra pessoa: o contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente (Código Civil, art. 693).

Ou seja, a comissão mercantil é um contrato através do qual uma das partes é contratada para que, em nome próprio, realize negócios de compra ou venda de bens que não perfazem e jamais farão parte dos seus ativos.

3.2 Classificação

Além do estudo da definição e do objeto do contrato de comissão mercantil, para que essa relação jurídica seja bem compreendida, é necessário utilizar os critérios de classificação disponíveis na teoria geral dos contratos para compreender a comissão mercantil.

Não obstante as considerações já tecidas nos tópicos anteriores a respeito dos dispositivos normativos que regulam o contrato de comissão mercantil no Brasil, não se pode deixar de salientar o primeiro critério de classificação que se destaca na observação dos contratos em geral – *a tipicidade ou atipicidade*.

O contrato de comissão mercantil é, portanto, um *contrato típico*, posto que a sua denominação e a sua regulamentação estão estabelecidas no ordenamento jurídico. Por outro lado, em virtude da segregação das relações mantidas entre o comitente, o comissário e o terceiro comprador ou vendedor, no que tange ao intercâmbio de obrigações entre as partes, o contrato de comissão mercantil é classificado como um *contrato bilateral*.

Segundo Fran Martins¹³:

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

¹³ Ibid., p. 84.

No que diz respeito à sua formação, o contrato de comissão mercantil é classificado como um *contrato consensual*, pois a sua existência pressupõe um acordo de vontades entre as partes. De fato, estipulado o contrato de comissão mercantil pelo comitente ou pelo comissário, sua relação obrigacional surtirá efeito apenas em virtude da aceitação da outra parte.

Todavia, é necessário destacar que a aceitação do acordo de vontades entre as partes no contrato de comissão mercantil não precisa ser expressa, razão pela qual a mera execução do objeto do contrato caracteriza a existência plena e válida do contrato.

A possibilidade de aceitação tácita do contrato de comissão mercantil está relacionada a outra característica importante deste tipo contratual: a sua não solenidade.

O *contrato não solene* é aquele que “não está adstrito à forma prescrita em lei, podendo ser celebrado verbalmente e provado por todos os meios de prova permitidos em direito, inclusive por verificação dos livros mercantis do comissário”¹⁴.

Outra característica essencial do contrato de comissão mercantil é a pessoalidade da relação estabelecida entre as partes, especialmente, em relação ao comissário.

Conforme mencionado anteriormente, a comissão mercantil tem como finalidade a ampliação da circulação de mercadorias e em função dessa característica, o sucesso de seu aperfeiçoamento está relacionado às características distintivas das partes em relação a outros agentes do mercado.

Em virtude disso, o contrato de comissão mercantil também é classificado como um contrato de natureza *intuito personae*, posto que sua celebração toma em apreço algumas qualidades específicas do contratado, como especialidade, competência, credibilidade, etc, características essas que tornam a celebração do contrato atrativa para o contratante e que, sem as quais, o acordo entre as partes seria inviável e o objeto do contrato inexecutável.

O contrato de comissão mercantil também é, por suas características delineadas no Código Civil, um *contrato comutativo*, ou seja, aquele que estabelece obrigações recíprocas entre as partes. Nesse sentido, em razão da relação de causa e efeito oriunda do brocardo latino *exceptio non adimpleti contractus*¹⁵, o descumprimento das obrigações por uma das

¹⁴ GONÇALVES, op. cit. p. 451.

¹⁵ Exceção de contrato não cumprido.

partes isenta a outra da execução das suas obrigações, nos exatos termos do artigo 476 do Código Civil¹⁶.

Finalmente, a última característica ou classificação do contrato mercantil que merece destaque é a *onerosidade*.

De acordo com o que dispõe o artigo 701 do Código Civil “não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes do lugar”.

Além de estabelecer obrigações mútuas e recíprocas entre as partes, a natureza jurídica do contrato de comissão mercantil, assim como a dos demais contratos mercantis, está caracterizada por seu caráter lucrativo, que se opõe a qualquer traço de liberalidade ou doação.

Em suma, o contrato de comissão mercantil pode ser classificado como *típico, bilateral, consensual, não solene, intuitu personae, comutativo e oneroso*.

3.3 Sujeitos

A comissão mercantil é um contrato cuja execução se desenvolve em duas esferas obrigacionais distintas e co-dependentes entre si.

Na primeira esfera obrigacional estão o comitente e o comissário. O comitente é a denominação do contratante na comissão mercantil, podendo ser uma pessoa física ou jurídica que contrata um terceiro, não investido de quaisquer poderes de mandato ou representação, para executar negócios de compra e venda de bens segundo suas diretrizes e orientações.

Este segundo agente na relação de comissão mercantil é denominado comissário, que é um empresário individual ou uma sociedade empresária que se dedica à atividade de compra e venda de bens de terceiros, em nome próprio e à conta do alienante ou adquirente, mediante uma remuneração denominada comissão.

A reformulação da legislação brasileira no que tange ao direito comercial deu ensejo a várias discussões teóricas a respeito do escopo restritivo ou abrangente de sujeição de

¹⁶ Artigo 476 do Código Civil/2002 - Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro.

algumas figuras contratuais abordadas pelo Código Civil de 2002, inclusive o contrato de comissão mercantil.

Diferentemente do que ocorria com a redação do artigo 165 do Código Comercial de 1850, no qual a atividade comercial do comissário era um requisito essencial do contrato de comissão mercantil, nenhum dos artigos do Capítulo XI do Título V do Livro das Obrigações do Código Civil de 2002 estabeleceu de forma expressa se a comissão mercantil tem como requisito que as partes ou uma das partes exerça profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços.

Reconhecendo a deficiência do Código Civil de 2002 em relação a esse e a outros aspectos do contrato de comissão mercantil, a doutrina sugere, em virtude da inexistência de incompatibilidade entre norma vigente e norma revogada, a subsistência das regras do Código Comercial em caráter supletivo às do *nouveau code civil*.

Tal entendimento é evidenciado no dizer de Humberto Theodoro Junior¹⁷:

Embora não repetidas todas as disposições casuísticas do Código Imperial, o certo é que, em sua grande maioria, não entram em atrito com a regulamentação enxuta do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002. Dessa forma, mesmo sendo revogadas, as normas em questão continuarão a ser úteis para identificar os princípios gerais que regem o contrato e quando nada, servirão para justificar e manter a doutrina que com base nela se estabeleceu entre nós.

É evidente que, tendo vigorado por um século e meio serviram para sedimentar usos comerciais de real significado. E, para o novo Código Civil (LGL\2002\400), a invocação dos *usos da praça* se faz com frequência e insistência, pelo legislador, em tema do contrato de comissão (v.g., arts. 695, caput e par. ún.; 699, 701). Daí a atenção que ainda merecem os preceitos do Código Comercial mesmo não tendo sido repetidos no texto do atual Código Civil (LGL\2002\400).

Desta forma, após a revogação expressa dos dispositivos do Código Comercial de 1850, inclusive do artigo 165, a doutrina e a jurisprudência do Brasil formaram entendimento no sentido de reconhecer como elemento caracterizador do contrato de comissão mercantil em relação aos seus sujeitos, o exercício da atividade empresarial pelo comissário.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 30-31.

Ultrapassada a primeira esfera das relações obrigacionais do contrato de comissão mercantil, é necessário destacar a existência de um terceiro sujeito, que mesmo indiretamente desempenha papel relevante na caracterização do contrato.

O comissário, em nome próprio e à conta do comitente, celebra com terceiros negócios jurídicos de compra e venda de bens. Apesar de comprar ou vender bens que fazem parte ou passarão a integrar o patrimônio do comitente, o terceiro não mantém com ele qualquer vínculo.

Essa característica deu ensejo ao desenvolvimento de uma corrente doutrinária que trata o contrato de comissão mercantil como uma espécie de representação imperfeita, pois de acordo com Orlando Gomes¹⁸:

O comissário representa os interesses do comitente, não agindo, porém em nome deste. Não é, portanto, seu representante direto. Diz-se que, na comissão, há representação indireta ou imperfeita, que não configuraria, entretanto, a representação propriamente dita como forma típica de cooperação de alguém na conclusão de um negócio jurídico. Ocorreria a interposição real, ou simples gestão de negócios, mas predomina a opinião de que, ao lado da representação direta, se deve admitir a indireta ou mediata, da qual constitui expressão típica, precisamente, a comissão.

(...)

É a comissão, desse modo, modalidade de mandato sem representação que produz efeitos análogos aos deste contrato, mas se distingue pelo modo de agir do representante. No mandato, o representante age em nome do representado; na comissão, em nome próprio. Distingue-se pelo modo de agir e não pelo modo de produção dos efeitos, embora a expressão “representação indireta” tenha significação mais próxima do último critério distintivo. Num ou noutro, necessidade não há de novo ato para transmissão dos efeitos ao representado.

Em que pese a relevância de tal corrente doutrinária, o contrato de comissão possui características distintivas extremamente específicas relativas ao seu objeto e suas obrigações, razão pela qual entendemos que não pode ser entendido como uma espécie de representação ou mandato indireto, apesar de a ausência do elemento representativo ser essencial para diferenciá-los de outras espécies contratuais.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 358.

4. ASPECTOS GERAIS

Conforme abordado no tópico que tratou sobre a classificação da comissão mercantil, sua relação contratual possui natureza comutativa, uma vez que estabelece entre comitente e comissário uma gama de obrigações que estão elencadas no Código Civil.

A imersão no estudo das obrigações das partes no contrato de comissão é importante para compreensão dos principais aspectos e características deste tipo contratual.

Além disso, outros aspectos importantes do contrato de comissão mercantil também merecem ser apontados.

4.1 Obrigações do Comitente

O comitente tem como obrigação principal o pagamento da remuneração devida ao comissário em virtude dos termos do contrato.

A estipulação dessa remuneração, denominada comissão, deve constar do contrato celebrado entre o comitente e o comissário, contudo, em virtude do caráter não solene do contrato de comissão mercantil, o artigo 701 do Código Civil¹⁹ admite a hipótese de que a comissão não tenha sido estipulada previamente entre as partes.

Nesses casos, a solução do legislador foi reconhecer a possibilidade de arbitramento da comissão segundo os usos correntes do lugar. É importante destacar que, mais uma vez, o legislador se equivocou ao omitir uma informação de extrema relevância na redação do artigo 701.

Qual deverá ser o lugar do qual serão utilizados os usos correntes para arbitramento da remuneração do comissário? O local da prestação dos serviços? O local do foro eleito pelas partes? Ou seria o local da celebração do contrato?

¹⁹ Artigo 701 do Código Civil/2002 - Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar.

Novamente é necessário recorrer à aplicação supletiva dos dispositivos revogados no Código Comercial de 1850, que em seu artigo 185²⁰ estabelece que o arbitramento da comissão não estipulada entre as partes deverá ser regulada pelos usos e costumes do lugar onde o contrato tenha sido executado.

Nesse sentido, leciona José Maria Trepas Cases²¹ que a comissão:

Em regra, é ajustada previamente em percentual do valor da operação, embora possa ser fixa. E ela é devida desde o momento da conclusão do negócio. Se não for previamente ajustada, regular-se-á pelo uso comercial da praça, onde o negócio foi executado. Se não há uso local, ela será fixada por arbitramento.

Também constitui uma obrigação do comitente o reembolso do comissário por todos os adiantamentos feitos e despesas incorridas na execução do contrato²², adiantamentos e despesas estas que devem estar devidamente contabilizadas e demonstradas pelo comissário.

O comitente é, ainda, obrigado a pagar ao comissário juros moratórios pelo eventual atraso no reembolso das despesas e adiantamentos, ou das comissões, bem como indenizar o comissário na hipótese de rescisão do contrato sem justo motivo, ou em caráter proporcional aos trabalhos executados de acordo com as especificações do comitente na hipótese de rescisão por justa causa.

No dizer de Vera Helena de Mello Franco²³:

3) O comitente deverá indenizar o comissário pelos serviços prestados e ressarcir-lo pelas perdas e danos, carregadas por uma dispensa injusta. A indenização, devida por rescisão injusta, tem lugar ainda que não tenha advindo qualquer vantagem para o comissário. Se o comissário atuou conforme as instruções recebidas, independente de ter alcançado o resultado colimado, seu esforço e diligência devem ser recompensadas.

Finalmente, a última obrigação legal do comitente instituída pelo Código Civil de 2002, sem prejuízo das obrigações que podem ser livremente pactuadas entre as partes, está o dever de pagar ao comissário ou aos seus herdeiros legais, a remuneração proporcional ao

²⁰ Artigo 186 do Código Comercial/1850 - Todo comissário tem direito para exigir do comitente uma comissão pelo seu trabalho, a qual, quando não tiver sido expressamente convencionada, será regulada pelo uso comercial do lugar onde se tiver executado o mandato (artigo nº 154).

²¹ CASES, op. cit., p. 42.

²² Artigo 708 do Código Civil/2002 - Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão.

²³ FRANCO, op. cit., p. 264.

trabalho realizado nas hipóteses em que o negócio não for concretizado em virtude de força maior ou pelo falecimento do comissário.

4.2 Obrigações do Comissário

No que diz respeito às obrigações do comissário, o legislador do Código Civil de 2002 estabeleceu um rol extenso e estruturado em uma obrigação primordial e diversas obrigações derivadas.

A principal obrigação do comissário, como bem explicita Carlos Alberto Gonçalves²⁴, é de “concluir o negócio, agindo de conformidade com as ordens e instruções recebidas do comitente”.

Apesar de realizar os negócios em seu nome, o comissário não pode olvidar que os celebra à conta do comitente e por isso não goza de plena liberdade, devendo seguir estritamente as suas diretrizes.

Esta obrigação pode ser relativizada nas hipóteses em que o comissário não tiver recebido orientações e diretrizes prévias do comitente, e durante a execução do negócio não tenha logrado êxito na obtenção dessas diretrizes. Nesse caso, a obrigação contratual deverá ser cumprida pelo comissário de acordo com os usos e costumes aplicados a negócios jurídicos semelhantes²⁵.

De toda forma, recebendo ou não orientações definidas do comitente, o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência no intuito de proporcionar ao comitente o lucro que se poderia esperar da celebração do negócio, devendo tal expectativa estar inserida no contexto do mercado.

Outrossim, cabe ao comissário indenizar o comitente por quaisquer danos decorrentes de sua ação ou omissão, salvo motivo de força maior.

A obrigação de ressarcir por eventuais perdas e danos, constante no parágrafo único do artigo 696 do Código Civil²⁶, constitui norma geral do direito das obrigações e não é

²⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 455.

²⁵ BERTOLDI & RIBEIRO, op. cit., p. 781.

²⁶ Artigo 696 do Código Civil/2002 – “No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o

exclusiva do contrato de comissão mercantil, encontrando correspondência no artigo 236 do mesmo diploma legal²⁷.

O comissário possui dever de guardar e zelar pelas coisas do comitente que estiverem sob sua custódia, devendo também comunicar imediatamente ao comitente se a integridade dos bens estiver sob risco ou os bens estiverem perecendo.

Do mesmo modo que o comitente, o comissário também é obrigado a pagar juros moratórios, que deverão ser aplicados sobre o montante referente à celebração do negócio que for repassado com atraso ao comitente.

Por fim, o comissário tem obrigação de prestar contas ao comitente a respeito da execução da finalidade contratual e dos valores envolvidos na prestação. De acordo com Fran Martins²⁸:

Executado o contrato de comissão, necessita o comissário prestar contas ao comitente; se o comissário for empresário, tais contas deverão estar de acordo com os seus livros comerciais, uma vez que contratou em seu próprio nome. Se, por acaso, houver divergência entre as contas apresentadas e o que constar dos livros, poderá ter lugar a ação criminal por apropriação indébita ou furto.

Como se pode constatar, as obrigações do comissário estão assentadas em uma estrutura primordialmente assentada na obrigação de realizar negócios de acordo com as orientações fornecidas pelo comitente.

4.3. Cláusula “del credere”

Por se tratar de um contrato cuja natureza envolve a formação de duas relações jurídicas distintas e independentes entre si – entre comitente e comissário e entre comissário e terceiro – o contrato de comissão mercantil tem como regra a não responsabilização do comissário pela insolvência do terceiro comprador perante o comitente.

lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio. Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente”.

²⁷ Artigo 236 do Código Civil/2002 – “Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”.

²⁸ MARTINS, op. cit., p. 282.

Tal regra se baseia na lógica da definição do tipo contratual, no qual o *comissário realiza negócios em seu nome, mas à conta do comitente*.

Para excepcionar a regra da inexistência de responsabilidade, o legislador incorporou ao Código Civil de 2002 a possibilidade de celebração do contrato de comissão mercantil em caráter *del credere*, conforme a dicção do artigo 698 do referido diploma legal:

Artigo 698 – Se do contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.

Para melhor compreensão do tema, é elucidativa a definição dada por Penalva Santos²⁹:

É uma cláusula inserida no contrato de comissão pela qual o comissário, ao receber uma comissão maior do que a normal, se obriga solidariamente junto com o comprador, perante o comitente, no caso de inadimplência causada por insolvência daquele.

Ao mesmo tempo em que representa ao comitente uma ampliação da garantia de recebimento dos créditos decorrentes do negócio jurídico celebrado pelo comissário, a incorporação da cláusula *del credere* ao contrato de comissão mercantil apresenta vantagens ao comissário.

Via de regra, em virtude da estipulação da cláusula *del credere*, o comissário tem direito à fixação de uma remuneração mais elevada, que serve de compensação à assunção dos riscos de inadimplência daqueles com quem contratou à conta do comitente.

Pondera Gonçalves³⁰ que:

A referida cláusula visa estimular o comissário a ser cuidadoso na escolha das pessoas com quem realiza negócios, pois, em consequência dela, assume o risco dos negócios, solidariamente com estas. Não se trata de aval ou fiança, mas de garantia solidária resultante de acordo de vontades e autorizada por lei.

Há algum tempo atrás muito se discutia na doutrina a respeito da natureza jurídica da cláusula *del credere*. A corrente liderada por Carvalho de Mendonça entendia ser formada, em virtude da cláusula *del credere*, uma relação de seguro. Por outro lado, Waldemar Ferreira

²⁹ PENALVA SANTOS, op. cit., p. 79.

³⁰ GONÇALVES, op. cit., 461.

sustentava o argumento de que a natureza jurídica da cláusula *del credere* era de um contrato de fiança.

Contudo, dentre os autores consultados, à exceção de Fran Martins³¹, a maior parte dos doutrinadores entende que a cláusula *del credere* possui natureza jurídica e características *sui generis* que não o assemelham a nenhuma outra espécie de relação obrigacional³², conforme bem assevera Cases³³:

Visto que o comissário garante o comitente, respondendo pela solvibilidade de terceiros com quem trata em seu nome, mas por conta e ordem do comitente, muitos identificaram a comissão *del credere* com a fiança e com o seguro. Contudo, a condição *del credere*, na lição de Pontes de Miranda, solidariza o comissário que se torna devedor por eficácia do próprio contrato de comissão, e não do contrato de garantia, ou de seguro. Tanto não tem o pacto *del credere* natureza fidejussória que o comissário não tem direito de excussão (benefício de ordem, novo Código Civil, art. 827 e seu parágrafo único e Código Comercial, art. 261).

A associação do contrato de comissão mercantil à cláusula *del credere* é utilizada em larga escala na esfera do comércio de combustíveis, conforme denota a jurisprudência do TJ/SP³⁴.

Portanto, a cláusula *del credere* é um elemento de suma importância no contrato de comissão mercantil, pois diante das circunstâncias do mercado, as partes contratantes dela fazem uso para aumentar a lucratividade e a segurança do negócio jurídico celebrado.

5. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL

A duração do contrato de comissão mercantil deve ser livremente pactuada entre o comitente e o comissário.

³¹ MARTINS, op. cit., p. 286.

³² Nesse sentido se posiciona Vera Helena Franco (op. cit., p. 263): “(...) Por tal razão, melhor seria abandonar quaisquer equiparações, cuidando do *del credere* como um pacto autônomo de transferência de riscos, dotado de características próprias.”

³³ CASES, op. cit., p. 37.

³⁴ Vide Apelação Cível nº 0012189-31.2008.26.0066 (Relatora: Des. Lígia Araújo Bisogni – 14ª Câmara de Direito Privado); Apelação Cível nº 0172111-74.2006.8.26.0100 (Relator: Des. Rômulo Russo – 11ª Câmara de Direito Privado); Apelação Cível nº 9131606—92.2007.8.26.0000 (Relator: Des. Jurandir de Sousa Oliveira – 18ª Câmara de Direito Privado), entre outros.

O Código Civil de 2002, ao tratar sobre a comissão mercantil, não estabeleceu regras específicas sobre as formas de extinção contratual, razão pela qual se aplicam a este tipo contratual, as disposições do artigo 472 e seguintes do diploma legal acima referido.

Desse modo, entende-se que a extinção do contrato de comissão mercantil ocorre nas hipóteses a seguir elencadas.

Caso o contrato de comissão mercantil tiver sido celebrado com prazo ou objeto determinado, a sua extinção ocorrerá em caráter natural, em virtude do decurso do prazo de vigência contratual ou em virtude da consecução do objeto da contratação.

Por outro lado, na hipótese de o contrato de comissão ter sido celebrado por prazo indeterminado, ou se celebrado por prazo determinado haja descumprimento das obrigações de uma das partes, para que seja promovida a sua extinção, será necessário denunciar o contrato, mediante o envio de uma notificação à outra parte com aviso prévio de duração razoável, compatível com o vulto e a complexidade do negócio desenvolvido entre as partes (Código Civil, artigo 473, *caput e* parágrafo único³⁵). Não havendo cláusula resolutiva expressa por inadimplemento no contrato, a parte interessada na extinção da avença deverá valer-se de uma ação judicial, nos termos do artigo 475, do Código Civil³⁶.

A respeito da possibilidade de extinção do contrato de comissão mercantil a qualquer tempo, é importante destacar a observação de Theodoro Júnior³⁷:

Quando o objetivo contratual ainda não tiver sido alcançado, o comitente terá poder para suspender ou cancelar o negócio atribuído ao comissário. Não se trata, porém, de uma denúncia vazia, pois se não houver motivo para justificar a prematura rescisão, ficará sujeito a indenizar os prejuízos do comissário (art. 703).

Outrossim, se o comissário for dispensado pelo comitente sem justo motivo, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa (Código Civil, artigo 705).

³⁵ Artigo 473 do Código Civil/2002 – “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

³⁶ Artigo 475 do Código Civil/2002 – “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

³⁷ THEODORO, JÚNIOR, op. cit, p. 36.

Tanto os contratos celebrados por prazo determinado quanto indeterminado se submetem às últimas duas hipóteses de extinção do contrato de comissão mercantil.

Tendo em vista o caráter *intuitu personae* do contrato de comissão, caso haja o superveniente falecimento do comissário, o contrato será extinto e o comitente deverá pagar aos herdeiros do comissário uma remuneração proporcional aos trabalhos desenvolvidos até a data do seu falecimento.

Interessante notar que na circunstância inversa, ou seja, na hipótese de falecimento do comitente, o contrato de comissão mercantil não se extingue, obrigando-se ao cumprimento dele os herdeiros e/ou sucessores do comitente.

Essa característica demonstra que o caráter pessoal do contrato de comissão mercantil está relacionado exclusivamente à prestação dos serviços executada pelo comissário, não havendo que se falar em natureza *intuitu personae* na relação de subordinação mantida entre o comitente e o comissário.

Por fim, entende-se que o contrato de comissão mercantil também se extingue na hipótese de falência do comissário, resultado prático que tem como fundamento a impossibilidade de material de execução do contrato após o encerramento das atividades do comissário falido, que decorre da decretação da falência.

Também nessa hipótese, a falência do comitente não impede o prosseguimento do objeto do contrato de comissão mercantil, cabendo à massa falida o crédito decorrente do cumprimento do contrato e ao comissário, a possibilidade de habilitação nos autos da ação de falência.

6. O CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL NA LEI Nº 11.101/2005.

A relação dos contratos em face de outras esferas do direito é de importância fundamental para a elaboração de um estudo bem estruturado. Por conta disso, não se pode afastar do cotejo deste trabalho a análise do contrato de comissão mercantil à luz da Lei nº 11.101/2005, que regulamenta a recuperação de empresas e a falência.

Quando entrou em vigência em 2003, o novo Código Civil trouxe em seu artigo 707 a seguinte redação: “O crédito do comissário, relativo a comissões e despesas feitas, goza de privilégio geral, no caso de falência ou insolvência do comitente”.

À época da promulgação do novo Código Civil, a legislação vigente no Brasil em matéria falimentar e concursal era o Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, na qual os instrumentos legais disponíveis para lidar com a situação de crise econômica do comerciante eram a falência e a concordata.

No ano de 2005, foi promulgada a Lei nº 11.101 que introduziu mudanças significativas no contexto do direito falimentar brasileiro, aproximando o sistema dos princípios econômicos instituídos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988³⁸, em reconhecimento à importância da atividade econômica organizada e bem estruturada para o desenvolvimento do país.

Nesse diapasão, a aplicação do artigo 707 do Código Civil passou a ser pautado pelas regras contidas na Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Deste modo, acolhido o pedido de recuperação judicial do comitente, todos os créditos existentes até a data da formulação de seu pedido, sejam eles vencidos ou vincendos, serão submetidos ao concurso de credores.

O comissário deverá então promover a habilitação de seu crédito nos autos da recuperação judicial, no prazo de 15 (quinze) dias após a publicação do edital de deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial.

Por força do disposto no artigo 707 do Código Civil, o crédito do comissário possui privilégio geral, razão pela qual na formação do quadro geral de credores da

³⁸ Art. 170 da CF/88 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

recuperação judicial, o crédito decorrente da comissão mercantil formará classe de credores juntamente com os credores quirografários, os credores com privilégio especial e os credores subordinados, conforme o disposto no artigo 41, III da Lei nº 11.101/2005³⁹.

Será então submetido aos credores reunidos em Assembleia Geral o plano de recuperação proposto pelo devedor e, se aprovado pela maioria dos credores, o pagamento do crédito oriundo do contrato de comissão mercantil será submetido à programação constante no referido plano, devendo o procedimento de recuperação ser encerrado no prazo de 2 (dois) anos após o deferimento da recuperação judicial, ainda que subsistam obrigações a serem quitadas pelo devedor.

Conforme destaca Bezerra Filho⁴⁰:

Presumiu o legislador que o devedor que se submeteu a todos os percalços do pedido de recuperação, que preencheu todas as exigências legais, que cumpriu suas obrigações por dois anos consecutivos, certamente já teria atingido uma situação na qual deverá cumprir todas as demais obrigações assumidas. Dessa forma, após dois anos, mesmo pendentes diversos pagamentos futuros, prevê a lei (art. 63) o encerramento da recuperação judicial desde que todas as obrigações vencidas estejam cumpridas. Neste ponto, a presunção do legislador está correta, pois efetivamente, se pretendesse fazer da recuperação um trampolim para a falência fraudulenta ou para o descumprimento de suas obrigações, certamente não teria cumprido todas as obrigações assumidas, para só descumprir aquelas vencidas após os dois anos previstos.

Apesar dessa ponderação, é imperioso ressaltar que, infelizmente, os prazos estabelecidos na Lei nº 11.101/2005 vêm sendo reiteradamente descumpridos, não pelas partes, mas pela burocracia inerente ao Poder Judiciário, motivo pelo qual o sucesso dos procedimentos de recuperação judicial está constantemente sob ameaça, não havendo qualquer garantia na prática de que a programação instituída pelo plano de recuperação judicial será cumprida dentro de um prazo razoável.

No caso da falência, o prazo para habilitação do crédito do comissário iniciará a sua fluência a partir da publicação do edital de decretação da falência.

³⁹ Artigo 41 da Lei nº 11.101/2005 - A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

⁴⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

Habilitado o crédito do comissário, este será convocado juntamente com os demais credores através de edital para participar da Assembleia Geral de Credores do falido.

Já na falência, o crédito oriundo do contrato de comissão mercantil possui prioridade sobre os créditos quirografários, os créditos subquirografários e os créditos subordinados, conforme estabelece o artigo 83, V, alínea *c* da Lei nº 11.101/2005:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do **caput** deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Nomeado o administrador judicial na falência, dá-se início ao procedimento de realização do ativo para resolução do passivo do devedor-falido.

Diante da estrutura do quadro geral de credores e as condições econômicas do falido, é bastante remota a possibilidade do crédito do comissário ser pago integralmente na falência.

7. O CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As relações decorrentes do contrato de comissão mercantil, conforme será abordado neste tópico, também produzem efeitos na esfera do direito do consumidor.

Conforme descrito em tópicos anteriores, o contrato de comissão mercantil não se resume à relação entre o comissário e o comitente, mas se estende à relação entre o comissário e o terceiro que adquire os bens comercializados pelo comissário, em nome próprio e à conta do comitente.

Tendo em vista o entendimento consolidado pela doutrina de que, para caracterização do contrato de comissão mercantil, o comissário deve ser um empresário individual ou uma sociedade empresária na forma estabelecida pelo Código Civil, tal circunstância torna viável a equiparação do comissário ao fornecedor de serviços, definido no *caput* do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Ora, levando-se em consideração que o comissário-empresário pode comercializar os bens do comitente no mercado, nada impede que seja ele considerado um fornecedor sob o espectro do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Entretanto, para que essa perspectiva seja posta em prática, o comissário deverá não apenas ser um empresário, mas também prestar tais serviços aos consumidores em caráter habitual e em volume expressivo.

Tal ponderação decorre do entendimento de que as operações isoladamente praticadas pelo comissário, desprovidas da generalidade de sua submissão a um mercado, não devem e não podem ser consideradas como caracterizadoras do conceito de fornecimento consagrado na legislação consumerista.

Além disso, na hipótese de reconhecimento do papel do comissário como fornecedor em um determinado mercado, um tópico importante a ser debatido é a atribuição de responsabilidade ao comitente em virtude da cadeia estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, questão que excepcionaria a regra de independência das relações entre o comitente, o comissário e o terceiro adquirente.

8. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL

A relação jurídica de comissão mercantil também produz efeitos na seara do direito tributário, uma vez que a geração e circulação de renda e a prestação de serviços constituem fatos geradores da cobrança de tributos.

De acordo com o disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional (CTN)⁴¹, o imposto de renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

Deste modo, o imposto de renda será devido pelo comitente com base no ganho de capital obtido pelo negócio realizado pelo comissário, bem como será devido pelo comissário, sobre a renda obtida em função da prestação dos serviços de compra e/ou venda de bens de propriedade do comitente.

⁴¹ Artigo 43 do CTN - O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

O segundo tributo federal incidente sobre o contrato de comissão mercantil é a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). A CSLL, instituída pela Lei nº 7.689/1988, é devida somente pelas pessoas jurídicas e tem como base de cálculo o valor do resultado do exercício antes da provisão para o imposto de renda (Lei nº 7.689/1988, artigo 2º).

Ou seja, sobre o lucro obtido pelo comissário em virtude do recebimento de suas comissões, deverá ser paga a CSLL.

Em 2012, a Divisão de Tributação da Superintendência Regional da 8ª Região Fiscal publicou solução de consulta a respeito da base de cálculo do IRPJ e da CSLL sobre a comissão mercantil no regime de lucro presumido, no seguinte sentido:

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SUPERINTENDÊNCIAS
REGIONAIS

8ª REGIÃO FISCAL

DIVISÃO DE TRIBUTAÇÃO

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 190, DE 12 DE JULHO DE 2012.

DOU de 31/08/2012 (nº 170, Seção 1, pág. 47)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

LUCRO PRESUMIDO - COMISSÃO MERCANTIL

A receita bruta das vendas de mercadorias em consignação na modalidade de contrato de comissão, que tem por objeto um serviço de comissário é constituída pelos valores recebidos a título de comissão pelos serviços prestados ao comitente, e sobre ela aplica-se o percentual de 32% (trinta e dois por cento) para apuração da base de cálculo do IRPJ, regime de tributação do lucro presumido.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, arts. 693 a 709 (Código Civil); Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores, art. 15, caput e § 1º, inciso III, alínea "a".

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

LUCRO PRESUMIDO - COMISSÃO MERCANTIL

A receita bruta das vendas de mercadorias em consignação na modalidade de contrato de comissão, que tem por objeto um serviço de comissário é constituída pelos valores recebidos a título de comissão pelos serviços prestados ao comitente, e

sobre ela aplica-se o percentual de 32% (trinta e dois por cento) para a apuração da base de cálculo da CSLL, regime de tributação do lucro presumido.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, arts. 693 a 709 (Código Civil); Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores, art. 20, caput.

EDUARDO NEWMAN DE MATTERA GOMES – Chefe

Desta forma, de acordo com as instruções da Receita Federal e diante da natureza jurídica do contrato de comissão mercantil, o percentual a ser aplicado para apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL é de 32% (trinta e dois por cento) sobre a receita operacional bruta do comissário.

Além do IRPJ e da CSLL, incide sobre a prestação dos serviços no contrato de comissão o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS), regido pela Lei Complementar nº 116/2003.

O ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços constantes numa lista anexa, na qual entendemos que a prestação de serviços de comissão estaria enquadrada no subitem 10.05, descrito como “Agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios”.

A alíquota do ISSQN é estabelecida por força de lei municipal e no Município de São Paulo tal alíquota é de 5% (cinco por cento), alíquota máxima permitida pelo artigo 8º da Lei Complementar nº 116/2003.

Finalmente, a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço, excluídos os materiais eventualmente fornecidos pelo prestador.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que estejamos vivenciando uma nova realidade logística e comercial, o contrato de comissão mercantil ainda constitui um tipo contratual muito útil para a atividade empresarial.

É um contrato estruturado em regras simples que podem tornar a sua aplicação uma alternativa interessante para o empresário.

Nesse espírito, Bulgarelli *apud* Bertoldi & Ribeiro⁴² enumera as vantagens da contratação da comissão mercantil:

1. a dispensa de exibir o comissário documento formal para habilitar o mandatário perante as pessoas com que trata; 2. o afastamento do risco pelo excesso do mandatário; 3. o segredo das operações do mandante, para evitar conheçam os concorrentes a marcha de seus negócios; 4. a utilização do crédito e do capital do comissário, na praça onde se encontra estabelecido; 5. as facilidades de informações das remessas e da guarda das mercadorias, em praças distantes.

Pelas razões enumeradas acima e por outras inerentes ao ramo de cada negócio, o contrato de comissão mercantil ainda permanece em voga, principalmente, na comercialização de combustíveis, no mercado de obras de arte, no comércio de bancas de revistas e jornais, no mercado de vendas diretas e no comércio de veículos usados.

Dentre as observações tecidas ao longo deste trabalho, é necessário refletir sobre duas questões importantes.

A primeira, sobre a necessidade de otimização da aplicação dos usos e costumes ao contrato de comissão mercantil, através da promoção, pelas Juntas Comerciais, da revisão e da atualização dos manuais de usos e costumes, uma vez que aqueles ainda utilizados nas Juntas Comerciais brasileiras remontam à vigência do Código Comercial de 1830.

A segunda diz respeito à perigosa equiparação do comissário ao fornecedor definido no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que essa interpretação poderá trazer consequências bastante sérias para o contrato de comissão mercantil, cuja independência das relações entre o comitente e o terceiro comprador de seus bens pode ser ameaçada.

⁴² BULGARELLI, Waldírio, 2001, p. 491, *apud* BERTOLDI & RIBEIRO, op. cit., p. 785.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406]. Acesso em: 07.06.2013.

BRASIL. *Código Comercial*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm]. Acesso em: 08.06.2013.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm]. Acesso em 10.06.2013.

BRASIL. *Lei nº 7.689*, de 15 de dezembro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm]. Acesso em: 10.06.2013

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm]. Acesso em: 10.06.2013.

BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.] Acesso em: 11.06.2013.

BRASIL. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm]. Acesso em: 10.06.2013.

BERTOLDI, Marcelo M. & RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CASES, José Maria Trepas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.) *Código Civil Comentado: Artigos 693 a 817*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 8.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

LEÓN TOVAR, Soyla H. El contrato de comisión mercantil. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D. F., México, n. 62, p. 623-647, maio/ago. 1988. Disponível em [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/62/art/art1.pdf>]. Acesso em: 31.05.2013.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 16 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PENALVA SANTOS, J. A. *Os Contratos Mercantis à Luz do Código Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas Mercantis no Direito do Consumidor*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do Contrato de Comissão no Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 814.

TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.