OBRAS DA AUTORA

Contrato de distribuição. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
Direito concorrencial e restrições verticais. São Paulo: Ed. RT, 2007.
A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Ed. RT, 2009.
O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005 (com Eros Roberto Grau).
Os fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
Sociedade por ações – Jurisprudência, casos e comentários. São Paulo: Ed. RT, 1999 (com Paulo de Lorenzo Messina).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Forgioni, Paula A.
Teoria geral dos contratos empresariais / Paula A. Forgioni ; prefácio Fábio Nusdeo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ISBN 978-85-203-3583-3

1. Contratos – Brasil 2. Direito empresarial – Brasil I. Nusdeo, Fábio. II. Título.

09-12307 CDU-347.74:338.93(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos empresariais : Direito empresarial 347.74:338.93(81)

Paula A. Forgioni

Teoria Geral dos Contratos Empresariais

Prefácio:
Fábio Nusdeo

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ciado no final dos anos 80. A atividade de várias dessas pessoas jurídicas liga-se à *prestação de serviços públicos*, de forma que funções antes desenvolvidas pelo Estado passam às mãos do setor privado, sujeitando-se à lógica do lucro.

Grandes sociedades, antes de economia mista, inserem-se agora no ambiente de mercado. Ainda que essa submissão seja relativa, pois, mesmo com controle privado, lidam com serviços públicos ou de interesse geral, novo impulso é dado aos contratos mercantis, pois boa parte desses negócios passa a ser celebrada em regime interempresarial.

6. Este livro propõe-se a reunir alguns ensaios sobre os contratos empresariais, adotando essa nova ótica de sua "redescoberta", ciente da necessidade de construção de uma teoria geral que lhes explique a essência e a existência. No primeiro ensaio, procuramos introduzir o leitor à categoria dos contratos mercantis, situando e justificando sua existência nos quadrantes do direito privado; no segundo, destrinçamos suas especificidades – com forte amparo nas modernas lições dos economistas institucionais; no terceiro, estudamos os contratos de colaboração, ainda pouco explorados pela doutrina, não obstante sua crescente importância no mundo dos negócios; por fim, no último texto, sistematizamos alguns apontamentos sobre o peculiar processo de interpretação dos contratos mercantis.

1
OS CONTRATOS EMPRESARIAIS NA ORDEM JURÍDICA DO MERCADO

SUMÁRIO: 1.1 Atividade empresarial e contratos – 1.2 Mercado e teia contratual – 1.3 Definição dos contratos empresariais. A exclusão dos contratos com consumidores – 1.4 Contraponto: a repressão ao abuso de dependência econômica empresarial – 1.5 Contratos empresariais como categoria autônoma? – 1.6 Uma necessária digressão histórica: os cismas das categorias contratuais e a consolidação dos contratos empresariais.

1.1 Atividade empresarial e contratos

7. Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento mercado, reduzindo impropriamente a análise. A adoção dessa perspectiva não permite reconhecer o papel essencial desempenhado pelas *relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado*.

A empresa não apenas "é"; ela "age", "atua", e o faz principalmente por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*. Sua abertura para o ambiente institucional em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que "[o]s modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixes de relações contratuais".[1] A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a *empresa é agente econômico*.

1. VICENZO ROPPO, *Il contratto*, 56. Cf., também, RONALD COASE, The nature of the firm, opúsculo que deu origem aos estudos da empresa como "feixe de contratos".

É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados etc.; tudo exige que se estabeleçam *relações* com terceiros. Essa ação recíproca (empresa ↔ outros agentes) interessa ao direito na medida em que dá à luz a *contratos*[2] *e, consequentemente, a relações jurídicas.*[3]

2. Adotamos a definição de ORLANDO GOMES, para quem contrato é "o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam", ou seja, o negócio "cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial" (*Contratos*, 11).

   Tecnicamente, o contrato é espécie de negócio jurídico que, na autorizada visão de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, traduz-se em "todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide" (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 16).

   No entanto, na tradição do direito comercial, o termo "negócio" vem muitas vezes empregado no sentido de "transação" ou "negociação". Trata-se, para FERREIRA BORGES, de "termo de conceito prático", ligado a "qualquer operação mercantil" (*Diccionario jurídico comercial*, 327). Cf., nesse sentido, os arts. 140, 165, 314 e 331 do Código Comercial de 1850 e o art. 1.º do Dec.-lei 737, do mesmo ano.

   Neste trabalho, seguimos a linha comercialista, identificando o "negócio mercantil" com as operações feitas pelos comerciantes e que se corporificam em contratos. Empregamos, assim, a palavra "negócio", no sentido de *affare*, em língua italiana, ou *affair*, na francesa.

   Outra precisão terminológica que se faz necessária diz respeito ao sentido que a palavra "contrato" assume hoje para os economistas, principalmente aqueles ligados à Nova Organização Industrial. De acordo com a noção transcrita por WILLIAMSON, contrato é "an arragement between two or more actors supported by reciprocal expectations and behaviour" (The firm as a nexus of treaties: an introduction, 3). Na definição de FARINA *et alii*, contrato é "[u]m acordo entre ofertante[s] e demandante[s], no qual os termos da troca são definidos" (*Competitividade, mercado, Estado e organizações*, 283).

   Muitas vezes, os economistas referirão como contrato algo que, para os juristas, estabelece outro tipo de vínculo. Por exemplo, na literatura econômica é comum denominar-se "contrato" a relação entre administradores e acionistas das companhias – algo inconcebível para os juristas. "Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado [regulação]" (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, *Direito e economia*, 104). Para certos economistas, "a empresa [*firm*] é vista como um conjunto de *contratos entre os fatores de produção*, sendo cada um desses fatores motivado pelo autointeresse" (destaques nossos. EUGENE FAMA, Agency problems and the theory of the firm, 289).

   Em suma, economistas tendem a identificar a palavra "contrato" com qualquer "maneira de coordenar as transações" ou, ainda "todas as relações que criam vínculos de interdependência entre dois ou mais sujeitos" (BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 57), adotando terminologia não coincidente com a jurídica. Essa disparidade, por vezes, gera grande confusão.

3. É importante ressaltar que, além de contratos, a empresa pratica *atos jurídicos unilaterais* (para definição de ato jurídico, v. MARCOS BERNARDES DE MELO, *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, 159). São exemplo desses atos os votos proferidos pela pessoa jurídica em assembleias de sociedades nas quais detenha participação. (V., a esse respeito, GIUSEPPE SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, 13 e ss. e também PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, 98 e ss.). São também exemplo a fixação de sua sede em determinado endereço ou a divulgação de fato relevante ao mercado.

4. GIORGIO OPPO, Categorie contrattuali e statuti del raporto obbligatorio, 48. No original: "Il mercato – lungi dal sostituire il contratto

O mercado identifica-se, assim, com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos. Como já se afirmou, "o mercado [...] é feito de contratos, os contratos nascem do e no mercado".[4] Na dicção de ROPPO,

"na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria a riqueza".[5]

Todavia, também se constatou que, fosse o direito comercial[6] baseado apenas em negócios isolados, não passaria de uma

– è fatto di contratti, i contratti nascono dal e nel mercato. Non si possono disciplinare gli uni indipendentemente dall'altro e viceversa; gli interessi che presiedono ai primi dagli interessi che fondano l'ordine del mercato".

5. ROPPO, *Il contratto*, 56.

6. No Brasil, alguns acreditam que as expressões *direito mercantil*, *direito comercial* e *direito empresarial* assumiriam significados diversos. O *direito mercantil* designaria a matéria em sua primeira fase, ligada à disciplina da atividade dos mercadores medievais; *direito comercial* estaria relacionado ao segundo período, em que os atos de comércio definem os limites da disciplina, e, por fim, *direito empresarial* seria o nome atualmente correto, porque a empresa é o centro do debate. Contudo, essa distinção é estéril, pois as três expressões são sinônimas. Em todas as fases de sua evolução, esse ramo especial do direito *sempre* disciplinou a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza, fossem eles chamados mercadores, comerciantes ou empresários. O traço diferenciador dessa área do direito, e que identifica seus protagonistas, *sempre* foi o marcado escopo de lucro. Discussões semelhantes quanto ao nome dado à matéria ocorrem na França (*droit des marchands*, *droit commercial* e, mais recentemente, *droit des affaires*), como explica JEAN HILAIRE (*Introduction historique au droit commercial*, 23). Na Itália, a expressão "diritto commerciale" é tradicional (v. LEONE BOLAFFIO, *Il codice di commercio commentato*, 5), enquanto "diritto imprenditoriale" não é comum. Há também quem entenda que as expressões "direito mercantil" ou "mercadores" seriam demasiadamente antigas. Note-se, porém, que possuem a mesma raiz da palavra "mercado", nada podendo haver de mais contemporâneo para designar aqueles que nele atuam. Os estadunidenses empregam com frequência o substantivo *merchant* e o verbo *to merchandise*. Anota SCANDIZZO que a palavra mercado nasce do particípio passado do verbo latino *mercari*, que significa comerciar (*Il mercato e l'impresa: le teorie e i fatti*, 8).

"criança frágil". *O mercado organizado dá força às transações*. As regras e a praxe negocial, assim como o moto competitivo, proporcionam amplo espaço ao gênio dos comerciantes e às suas contratações.[7]

8. Não é incorreto afirmar que a doutrina, de certa forma, atribuía menor importância à dimensão contratual do ente produtivo, fazendo repousar o foco de sua análise no empresário e em sua capacidade gerencial.[8] A empresa mostra-se como um *desdobramento* dessa perspectiva monista, de maneira que o centro da análise não recai em sua interação com outros agentes.[9]

É bem verdade ser recorrente, na doutrina comercialista, a referência à "atividade". Contudo, esta menção não visa a destacar a *interação* da empresa com outras, mas o desdobramento da série de atos praticados pelo *empresário* na organização dos fatores de produção. Tanto assim que a própria definição de

7. Cf. ROY GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, 58 e ss.

8. Não é por acaso que o *Codice Civile* de 1942, em seu art. 2.082, define a empresa a partir do conceito individualista de empresário, colocando o foco não em sua interação com os outros agentes econômicos, mas em sua capacidade (isoladamente considerada) de organização dos fatores de produção. *In verbis*: "È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Essa linha foi seguida pelo art. 966, *caput* de nosso Código Civil, que estabelece: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

9. Nessa toada, é possível reconhecer em ASQUINI compreensão estática do fenômeno empresarial. Entre os perfis da empresa que cunhou, nenhum dá relevo à sua relação com outros entes, debruçando-se, portanto, sobre a empresa isoladamente considerada. Entretanto, isso não significa que ASQUINI deixe de referir a atividade de troca desenvolvida pela empresa ou mesmo o desdobramento contratual de sua atividade. No entanto, a linha cardeal da análise repousa sobre a empresa e não sobre suas relações (Perfis da empresa, 109-26).

atividade, acolhida de forma praticamente unânime, propugna que ela constitui uma "série de *atos* [praticados pela empresa] *unificados* por um escopo comum".[10] Com isso, *o ponto cardeal acaba voltado para o ente (que pratica atos), e não para suas relações com terceiros (celebração de contratos).*

Se, à época em que foi talhada, essa visão era justificável, hoje pode ser considerada reducionista, pois não atribui o devido destaque ao indispensável *perfil contratual* do ente produtivo.

1.2 Mercado e teia contratual

9. *O tráfico mercantil concretiza-se por meio dos contratos* e, para compreender o *mercado*, devemos caminhar por esse enredado.

Mas, uma vez nele, emerge a questão: nessa teia, que papel cabe ao direito? Até que ponto ela é formatada e/ou formata o regramento jurídico que a disciplina?

O primeiro passo para destrinçar esse emaranhado de relações é considerar que a empresa celebra contratos com as mais diversas categorias de agentes econômicos: consumidores, Estado, trabalhadores e assim por diante. Dessa forma, a compreensão de seu perfil contratual passa pela classificação desses acordos conforme o *sujeito* que com ela se relaciona. Assim divisados vários grupos de contratos, percebe-se que cada um assumirá características específicas e, consequentemente, exigirá tratamento jurídico peculiar.

A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles *celebrados entre empresas,*[11] i.e., *em que somente empresas fazem parte da relação.*

10. Nicola Rondinone, *L'attività nel codice civile*, 13.

11. Atualmente, a maioria dos autores contrapõe duas categorias de contratos empresariais: aqueles celebrados *com* empresas e aqueles celebrados *entre* empresas. Nesse sentido, cf. Carlo Angelici, La contrattazione d'impresa, 188-9. Fábio Ulhoa Coelho identifica os contratos *mercantis* como os celebrados *entre* empresários (*Curso de direito comercial*, v. 3, 5).

Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela *busca do lucro.* É preciso reconhecer: esse *fato* imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.

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

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

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

1.3 Definição dos contratos empresariais. A exclusão dos contratos com consumidores

10. Fixadas essas premissas, conclui-se que os contratos com consumidores (ou "B2C", na terminologia estaduniden-se) não mais integram o direito comercial.[12]

A evolução e a consolidação do direito do consumidor como ramo autônomo em relação ao civil e ao comercial faz com que não mais se justifique a projeção dos contratos

12. "Denomina-se *contratos de consumo* todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços" (Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 252).

mercantis de forma ampla, como se ainda abrangessem todos "i rapporti pertinenti ad un'impresa", na linha da doutrina tradicional[13] e daquela italiana atual.

Outrora, do ponto de vista subjetivo, a presença de uma única empresa (ou comerciante) na relação bastava para atribuir comercialidade ao contrato;[14] hoje essa qualificação[15] requer que o vínculo jurídico seja estabelecido exclusivamente entre empresas.

11. Inevitável, aqui, a referência à discussão acerca da eventual caracterização da pessoa jurídica como consumidora, para efeitos do art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser consumidor "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O empresário ou a sociedade empresária, uma vez subsumidos à categoria de consumidor, estariam sujeitos ao código especial e à lógica específica do sistema consumerista, corporificada naquele diploma.

O critério de diferenciação, imposto pela letra da lei e amplamente debatido, repousa na identificação da presença de um "destinatário final" na relação econômica/jurídica; ao fim

13. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, 381.

14. O art. 191 do Código Comercial determinava que seria "considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes [...] contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor" fosse "comerciante".

15. Trabalha-se com a ideia de "qualificação", da qual sempre se socorreu o direito comercial para delimitação da chamada "matéria de comércio". Explica Comparato que a definição da aplicação da legislação mercantil encerra problema de *qualificação*, "que é a definição de uma situação de fato perante o Direito, ou melhor, a sua identificação como o tipo ou modelo previsto como hipótese de incidência da norma" (A cessão de controle acionário é negócio mercantil?, 246).

e ao cabo, tudo reside em interpretar a expressão "destinatário final", empregada pelo texto normativo.

A doutrina fende-se em *finalistas* e *maximalistas*. Para os primeiros, não devem ser consideradas consumidoras as pessoas (especialmente as jurídicas) que adquirem produtos ou serviços utilizados em sua *atividade profissional*.[16] "[A] pessoa jurídica, para ser considerada consumidora, precisa adquirir bens ou serviços *a latere* de sua atividade empresarial, circunstância fundamental para que seja ela destinatária final e não simplesmente intermediária".[17]

Os maximalistas, por sua vez, veem nas normas do CDC o novo regulamento geral do mercado brasileiro, destinado a proteger não apenas o adquirente não profissional, mas a disciplinar realidade bem mais ampla. Entendem que a caracte-

16. Nas palavras de Claudia Lima Marques, muito citadas pela jurisprudência nacional, para a corrente finalista "[d]estinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida 'destinação final' do produto ou serviço". "[C]onsumidor não seria o profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede" (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 254).

17. Newton de Lucca, *Teoria geral da relação jurídica de consumo*, 119.

rização da relação de consumo dá-se por meio da aquisição ou uso de bem ou serviço na condição de destinatário final de fato, por força de elemento objetivo, qual seja, o *ato de consumo*.

Para essa corrente, pouco importa se o bem será ou não empregado na atividade profissional ou se o adquirente tem sua vida marcada pelo escopo de lucro; ao invés, para assumir a classificação de "destinatário final", interessa apenas que tenha retirado o bem da cadeia de consumo, utilizando-o ou exaurindo-o.[18]

18. Em 2004, a 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em criticável decisão por maioria de votos, entendeu que "[a]quele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros". Esse julgado admite o dissídio jurisprudencial hoje existente naquela Corte, podendo-se considerar a 4.ª e 6.ª Turmas como "finalistas" e a 1.ª e 3.ª Turmas como "maximalistas". Todavia, para a caracterização da relação de consumo, a jurisprudência exige a demonstração da vulnerabilidade do adquirente, nos seguintes termos: "as ponderações anotadas pelos defensores da teoria subjetiva, de que a utilização do CDC como instrumento de defesa de pessoas jurídicas que exercem atividade econômica poderá implicar em desvirtuamento do sistema protetivo eleito pelo Código, merecem em parte acolhida na jurisprudência deste STJ, a qual, a despeito de não exigir, para fins de incidência do CDC, a prova de ser a pessoa jurídica vulnerável ou hipossuficiente, afasta a caracterização da relação de consumo se verificado o expressivo porte financeiro ou econômico: [i] da pessoa jurídica tida por consumidora; [ii] do contrato celebrado entre as partes; ou [iii] de outra circunstância capaz de afastar a hipossuficiência econômica, jurídica ou técnica". A discussão que ora relatamos teve origem na eventual atribuição de *foro privilegiado* à parte (Conflito de Competência 41.056/SP, j. 23.06.2004, Relatora para o acórdão Min. NANCY ANDRIGHI).

Em sentido contrário, coloca-se a linha de acórdãos que, acolhendo principalmente as lições de NEWTON DE LUCCA, entende que não devem ser submetidas ao CDC as relações que envolvem empresas adquirentes de bens empregados em seu processo produtivo. Como exemplo, destaque-se o REsp 264.126/RS, julgado em 8 de maio de 2001, com relatoria do Min. BARROS MONTEIRO.

12. Diante disso, a extensão a ser atribuída ao direito comercial brasileiro derivaria da interpretação do art. 2.º do Código do Consumidor. Teríamos simplesmente substituído o "ato de comércio" pelo "ato de consumo"? Em muitos aspectos, haveria mera reprodução da discussão de outrora, quando indagávamos se a aquisição de víveres pelo comerciante para a subsistência de sua família, e não para o seu negócio, submetia-se às regras do direito comercial; falava-se, então – lembramo-nos todos – dos "atos de comércio por dependência ou conexão".[19]

A observação atenta desse debate faz entrever que o baralhamento das fronteiras entre as matérias deriva de *questão prática* ligada [i] ao ônus da prova nos processos judiciais e [ii] ao foro competente para a propositura da ação contra o fornecedor.

Quanto ao primeiro aspecto, a regra geral, imposta pelo art. 333 do Código de Processo Civil, determina que "[o] ônus da prova incumbe [...] ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito" e "ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor". O Código do Consumidor, por sua vez, em seu art. 6.º, inciso VIII, estabelece ser seu direito a inversão do ônus da prova "quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". Desse

19. Consideravam-se submetidos ao direito comercial os atos praticados pelo comerciante para aviar sua atividade. É comercial "uma série de atos que o comerciante pratica não no exercício normal da sua profissão, mas em virtude ou no interêsse dêste exercício" (CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5. ed., v. I, 506).

privilégio estariam excluídos os "não destinatários finais", que seriam obrigados a comprovar suas alegações nos estritos termos do art. 333 do Código de Processo Civil.

O mesmo ocorre em relação ao art. 101, I, do Código do Consumidor, que estatui foro privilegiado para os consumidores. Dessa forma, advogar a aplicação do diploma especial, em muitos casos, significa possibilitar ao agente econômico defesa mais acessível e barata. Por essa razão prática, parte da doutrina tem se esmerado para fazer subsumir os pequenos empresários à categoria de consumidor, justificando a aplicação do art. 6.°, inciso VIII, e do art. 101, I, do diploma consumerista.

13. Embora louváveis os propósitos dos finalistas, a confusão entre os contornos do direito comercial e do direito do consumidor pode comprometer a percepção dos fundamentos do primeiro. As matérias possuem lógicas diversas, de forma que a aplicação do Código do Consumidor deve ficar restrita às relações de consumo, ou seja, àquelas em que as partes não se colocam e não agem como *empresa*.

De outra parte, se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da *atividade empresarial* de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo de relações econômicas.[20]

20. A opinião de Luiz Gastão Paes de Barros Leães é definitiva: "quando a lei brasileira define como consumidor 'toda pessoa física ou jurídica' [à semelhança do que dispõem vários diplomas alienígenas] [...], há que distinguir os bens adquiridos pela empresa, a título de insumos, no exercício de sua atividade empresarial, dos bens adquiridos para uso pessoal ou privado – *for private usance* – do consumidor, à margem de sua atividade empresarial" (As relações de consumo e o crédito ao consumidor, 256). Na mesma linha, Fábio Konder Comparato: "O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria. [...] [É] nessa perspectiva que faz sentido falar-se em proteção do consumidor" (A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, 477).

1.4 Contraponto: a repressão ao abuso de dependência econômica empresarial

14. A exposição até aqui empreendida não deve levar à conclusão de que o empresário em posição de sujeição ao poder do outro não seja digno de tutela. Finque-se bem, contudo, a seguinte advertência: essa proteção deverá se dar em conformidade com as regras e os princípios típicos do direito mercantil e não da lógica consumerista, incompatível com as premissas daquele sistema.

Desenvolve-se cada vez mais a *repressão ao abuso da dependência econômica*, tanto no campo do direito antitruste, quanto do direito contratual empresarial.[21]

A situação de dependência econômica ocorre quando "um dos contratantes está em condições de impor suas condições ao outro, que deve aceitá-las para sobreviver".[22] Nada há de

21. Cf. Paula A. Forgioni, *Contrato de distribuição* (343 e ss.), em que é analisada a caracterização da dependência econômica e sua disciplina pelo direito brasileiro e comparado.

22. Na definição de Guyon, *Droit des affaires*, 971. A origem da disparidade entre a força das empresas contratantes é identificada pela doutrina especializada (v.g., Marc Courtès, *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, 234 e ss.) nos seguintes fatores: [i] poder relacional, que geralmente decorre da existência de relação contratual de longo prazo com investimentos específicos e irrecuperáveis feitos pela

ilícito no fato de uma empresa ser economicamente superior a outra, mas o *abuso* dessa situação é reprimido pela ordem jurídica.

Caso o ato praticado pela empresa em posição de superioridade implique *prejuízo à concorrência*, haverá de ser coibido nos termos do art. 20 da Lei 8.884, de 1994. Igualmente, se a prática levar a *lucros abusivos* também será considerada infração à ordem econômica e coibida pelo inciso III do mesmo artigo.[23]

No campo do direito contratual, as situações de abuso de dependência econômica empresarial podem subsumir-se à hipótese normativa do art. 187 do Código Civil. Sempre que o exercício da faculdade assegurada por cláusula desviar-se de seu fim econômico (i.e., de sua função econômica) haverá *abuso de direito*. Igualmente, o aviltamento à boa-fé, com a frustração da legítima expectativa considerada em termos *objetivos*, também será comportamento repelido pelo sistema de direito comercial, ainda com base nos arts. 187 e 422.

A defesa dos agentes econômicos vítimas de situações manifestamente abusivas atua a favor do *interesse geral do*

parte; [ii] poder de compra, como ocorre com as redes de grande varejo, que podem impor condições contratuais a seus fornecedores (a esse respeito, na literatura nacional, cf. DANIEL GOLDBERG, *Poder de compra e política antitruste*); [iii] dependência de marca famosa, nas situações em que o empresário, para manter-se no mercado, necessita comercializar produto altamente reconhecido pelo público adquirente; [iv] período de crise, em que são poucas as alternativas de negócio disponíveis para o empresário; [v] importância da parcela de mercado detida pelo fornecedor; [vi] faturamento do agente decorrente da comercialização dos produtos fornecidos pela empresa em posição de superioridade e [vii] ausência de solução equivalente em caso de suspensão do fornecimento.

23. Nossas autoridades antitruste têm se furtado a aplicar a Lei 8.884, de 1994, aos casos de evidente abuso de dependência econômica, alegando que se trata de questões "privadas", que devem ser resolvidas perante o Poder Judiciário.

comércio, pois, como veremos, inibe *comportamentos oportunistas disfuncionais* dos agentes, que comprometem o bom fluxo de relações econômicas. Tudo se dá, entretanto, *dentro da lógica própria do sistema de direito comercial* e, especialmente, dos *contratos interempresariais*, sem que se parta de tutela apriorística da parte "mais fraca". O poderio econômico da contraparte não pode outorgar ao empresário a prerrogativa de deixar de agir como um "homem ativo e probo", considerados os padrões de mercado.

1.5 Contratos empresariais como categoria autônoma?

15. No Brasil, a expressão "contratos mercantis",[24] ao contrário do que ocorreu na Itália, nunca chegou a ser condenada ao ostracismo, pois vinha empregada pelo Código Comercial em seu Título V ["Dos Contratos e Obrigações Mercantis"].

A doutrina habituou-se a comentar cada um dos tipos contratuais mencionados nos arts. 140 a 286 do referido Código e, com as décadas, foi-lhes acrescentando outros que passaram a ser previstos na legislação esparsa ou talhados pela prática dos comerciantes.

Nada muito além disso, pois, na verdade, a maioria dos autores não dedicava grande esforço ao tratamento dos contratos comerciais como categoria realmente autônoma, regida por princípios peculiares, adaptados e esculpidos conforme a

24. Empregamos as expressões "contratos comerciais" e "contratos empresariais" como sinônimas, assim como fazemos com "direito comercial" e "direito empresarial", pelas razões expostas no início destes ensaios. A utilização da expressão "contratos comerciais" vem, contudo, perdendo força no contexto internacional, dando-se preferência à expressão "contratos empresariais" (BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, xxiii). Sobre a questão terminológica dos contratos comerciais ou empresariais na Itália, v. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, nota 1, 1.

lógica de funcionamento do mercado. No máximo, algumas referências às óbvias especificidades dos negócios mercantis, desprezando-se talvez sua principal característica moderna: nos contratos empresariais, ambas (ou todas) as partes têm no lucro o escopo de sua atividade.

16. Essa postura doutrinária pouco tem de desidiosa, refletindo a realidade que circundava nossos autores: as regras especiais dos contratos mercantis contidas nos arts. 121 a 139 foram sendo sombreadas não apenas pela supressão de institutos como o "arbitramento" ou pelo advento do Código Civil, mas também pela edição de regras que suplantaram a dicotomia de jurisdições e as diferenças entre os processos civis e comerciais. Além disso, as diferenças específicas entre contratos civis e comerciais foram sendo limadas, restando poucas dissonâncias, de importância mitigada.

A bem da verdade, a doutrina brasileira já encontrava dificuldade para classificar os negócios entre civis e comerciais; como admite BULGARELLI, "a distinção, na prática, entre os contratos civis e mercantis perdeu muito da sua importância inicial, com a unificação da Justiça [...]".[25] Assim, a necessidade de distinção advinha das "diferenças no tratamento de certos contratos por ambos os códigos"[26-27] e não de questões

25. *Contratos mercantis*, 38. A mesma observação é feita por WALDEMAR FERREIRA (*Tratado de direito comercial*, v. 8, 10).

26. *Contratos mercantis*, 38.

27. INGLEZ DE SOUZA, de acordo com a realidade de seu tempo, destaca ser uma das principais diferenças entre os contratos civis e os comerciais o fato que "os contractos commerciaes se podem provar por qualquer genero de prova". "Em resumo: as distincções capitaes entre os contractos civis e commerciaes são: 1.° o caracter de solidariedade de todas as obrigações mercantis collectivas. 2.° o caracter de onerosidade de todas as obrigações. 3.° a simplificação das formalidades que retardam a perfeição dos contractos, ficando, em regra, reduzidas ao simples accordo das vontades. 4.° a simplificação

materiais. Com efeito, destaca claramente FRAN MARTINS, "[r]egem a matéria das obrigações, de modo geral, as normas do direito civil".

Nessa linha, TEIXEIRA DE FREITAS sustenta que as disposições gerais referentes aos contratos mercantis, constantes do Título V do Código Comercial, "forão só motivadas pela pobrêza do nosso *Direito Civil Patrio*[28] [...], e não porque – *para os contractos em geral* – hajão, ou devão havèr, disposições excepcionaes no *Direito Commercial*. A prova está, em que são do *Direito Civil* todas as disposições dos Arts. 121 á 139, impostas no Cod. como de *Direito Commercial* pelas costumadas exagerações dos aspectos parciaes. [...] De taes exagerações, aliás destinadas ao bem das excepções do *Direito Commercial*,

da prova" (*Prelecções de direito commercial*, 121). Vê-se, assim, que, em exercício de comparação, os contratos comerciais são definidos a partir de suas diferenças em relação aos contratos civis (a exceção está em CAIRU, que trata os contratos mercantis sem esse foco). Esse método de análise será seguido por toda a doutrina brasileira. CARVALHO DE MENDONÇA, o comercialista, faz repousar a ênfase da distinção nos *atos de comércio*. "Contrato comercial é aquêle que tem por objeto ato de comércio", remetendo as especialidades de sua teoria geral à clássica distinção entre direito civil e direito comercial (*Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VI, parte I, 449). WALDEMAR FERREIRA vê-la no critério da "profissionalidade de um, se não dos dois contratantes". As peculiaridades dos contratos comerciais residiriam [i] na "simplicidade das fórmulas" e [ii] na existência de "outros contratos que o tráfico mercantil tornou necessários" (*Tratado de direito comercial*, v. 8, 9). DESCARTES DRUMMOND DE MAGALHÃES, fortemente influenciado por INGLEZ DE SOUZA, entende que as peculiaridades dos contratos comerciais estão, principalmente, na solidariedade, na onerosidade, na simplificação dos meios de prova e na dispensa de certas formalidades (*Curso de direito comercial*, 61). Na sua esteira, são as lições de ALFREDO RUSSELL (*Direito commercial*, 353 e ss.).

28. *Additamentos ao Codigo de Commercio*, publicado em 1878, ou seja, muito antes da promulgação do primeiro Código Civil brasileiro.

resulta mal para as interpretações do *Direito Civil*, tirando-se-lhe o que lhe-pertence, e minando-se-lhe as bases de sua constante applicação".[29]

COMPARATO chega a afirmar: "[t]emos, pois, que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos, em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecerem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global".[30]

Por fim, WALDEMAR FERREIRA: "não difere, com efeito, essencialmente, a obrigação comercial da civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma".[31]

17. Ocorre que essa unificação trouxe consigo o descaso pela *teoria geral* dos contratos mercantis.[32] Uma vez que coincidiam os regimes das obrigações civis e comerciais, não haveria mesmo razão para estudar separadamente os dois grupos de contratos, buscando singularidades no funcionamento e na disciplina de cada um deles. Justificava-se, tão-somente, o estudo individual dos *tipos contratuais*.

29. TEIXEIRA DE FREITAS, *Additamentos ao Codigo do Commercio*, v. 1, 522.

30. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, 251.

31. WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. 3, 12.

32. Atente-se para o fato de que um dos manuais de direito comercial mais difundidos no Brasil, o *Curso de direito comercial* de RUBENS REQUIÃO, não contém capítulo referente aos contratos mercantis. Igualmente, o *Tratado elementar de direito commercial* de SPENCER VAMPRÉ e o *Curso de direito comercial terrestre* de JOÃO EUNÁPIO BORGES.

Esse foi o caminho naturalmente trilhado pela doutrina. Com o passar do tempo, à medida que eram desgastadas as poucas diferenças que ainda restavam entre os regramentos, menor se fazia a preocupação com a sistematização de uma teoria geral dos contratos mercantis.

18. Na Itália, por longo período, a teoria geral dos contratos comerciais restou estagnada, chegando a ser contestada a própria existência dos contratos mercantis.[33] A edição do Código de 1942 "fez com que, por longo tempo, a doutrina dominante tenha entendido não ser compatível com a nova disciplina do código uma distinção entre contratos civis e contratos comerciais".[34] Até hoje, assinala SALVATORE MONTICELLI, os contratos empresariais não costumam ser reconhecidos como categoria autônoma[35] por boa parte dos autores peninsulares.

33. Cf. GIORGIO OPPO, *Principi e problemi del diritto privato*, 204. Na Argentina, sustenta ETCHEVERRY que "[e]l contrato de empresa no existe como categoría típica contractual, pues en torno de la empresa se producen actos y contratos de organización, contratos internos y de explotación, contratos externos entre el empresario y outro empresario o entre el empresario y el consumidor. La organización empresaria exceed el campo unicontractual" (*Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, 94).

34. "[H]á fatto si che per lungo tempo la prevalente dottrina abbia ritenuto non compatibile con la sopravvenuta disciplina del codice [...] una distinzione tra contratti civili e contratti commerciali" (SALVATORE MONTICELLI e GIACOMO PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, 1).

35. "[...] la stessa locuzione 'contratti commerciali' è stata per decenni espunta del lessico giuridico anche in funzione meramente descrittiva; al raggruppamento, anche laddove ridenominato com l'adozione dell'espressione 'contratti d'impresa', è stato negato spazio e considerazione nelle enciclopedie giuridiche e nei repertori, negli indici dei manuali tanto ti diritto privato che di diritto commerciale" (*I contratti dell'impresa*, 1). Em idêntico sentido, LEOPOLDO SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, 1 e BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, "Premessa". Salienta este último autor que, por anos, a locução "contratos comerciais" foi

Arthuro Dalmartello, em pioneira obra editada em 1958, lutava para comprovar que os contratos comerciais continuavam a existir, não obstante a unificação de 1942.[36] Sobre essa obra foi dito recentemente que "desafiou toda a doutrina privatista", que, após a unificação, havia "sepultado os contratos comerciais".[37]

Somente nos últimos anos a Itália vê renascer o interesse pelos contratos mercantis.

No entanto, premidos pela influência do *Codice Civile* e pela centralidade do conceito de empresário, os doutrinadores abrigam os contratos interempresariais e os consumeristas na mesma categoria ("contratti dell'impresa" ou "contratti commerciali"), ainda que reconhecendo as diferenças entre eles. A obsessão pelo epicentrismo da empresa, e também certa preocupação com a perda de importância da matéria, talvez ajudem a explicar a tentativa peninsular de atrair para a órbita do direito comercial contratos que, a toda evidência, dele já se despregaram.[38-39]

- expulsa do léxico jurídico, como se pode comprovar pela ausência do verbete nas enciclopédias jurídicas (exceção feita à Treccani), repertórios e, até bem pouco tempo, nos índices dos manuais e direito privado e até mesmo de direito comercial [xxi].

36. Cf. *I contratti delle imprese commerciali*, 3-31.

37. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, "Premessa", xix.

38. Como exemplo dessa postura que assume como "dado unificante o conceito de empresa", cf. Astolfo di Amato, *Interpretazione dei contratti d'impresa*, 11 e ss.

39. Outro fator que talvez explique a recusa italiana de considerar os contratos com consumidores independentemente dos contratos comerciais seria o menor grau de desenvolvimento da doutrina consumerista em terras peninsulares. Em 1995, quando, no Brasil, o direito do consumidor já era uma forte realidade, Buonocore afirmava sobre o contexto italiano: "Perché quello della tutela dei consumatori, contrariamente a quanto possa apparire ad un osservatore superficiale, è ancora un tema esclusivamente riservato al dibattito degli addetti ai lavori e non è ancora entrato in quello che io chiamerei il patrimonio comune e visibile del diritto civile". Segue, explicando que "solo una sparuta minoranza degli indici analitici" de "pregevolissime opere" sobre instituições do direito privado continham o item "consumidor". "E potrebbe essere questa una veniale omissione dei compilatori, se all'assenza del termine non corrispondesse anche o un'assenza di trattazione del tema oggetto della nostra considerazione o, comunque, una trattazione assai episodica e fuggevole di esse, condotta sopratutto sotto la specie della responsabilità del prodotto difettoso" (Vicenzo Buonocore, Contratti del consumatore e contratti d'impresa, 2-3).

Essa postura (não apenas na Itália, mas também entre nós) causa embaraço ao estudo sistemático dos contratos comerciais; no campo do direito mercantil, é impossível construir teoria geral que explique princípios e institutos assim diversos.

Como resultado, de duas uma: [i] ou se edifica teoria que confunde e embaralha as fronteiras de institutos marcadamente diversos;[40] ou [ii] recorre-se novamente à dogmática civilista – encarregada de sistematizar a teoria geral dos negócios jurídicos. Perde-se a oportunidade de trazer à luz uma teoria geral *efetiva* dos contratos mercantis, que explique suas peculiaridades e seu funcionamento, calcada na realidade do quotidiano.

19. Na França, sem prejuízo da existência do Código Comercial, o cenário não se mostra muito diferente daquele brasileiro. Embora não se negue a existência da categoria dos *contrats commerciaux*, para explicá-la os autores, no mais das vezes, limitam-se a fazer uso da doutrina dos atos de comércio ou a lançar mão dos argumentos que tradicionalmente

40. Buonocore pergunta-se, "con qualche plausibilità e con tutta la prudenza del caso", se a disciplina especial (do consumidor) não teria erodido a disciplina geral e monolítica do contrato a ponto de legitimar uma dicotomia de categorias de contratos, "e cioè quella dei contratti del consumatore e quella dei contratti d'impresa" (*Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, 189).

justificam a autonomia do direito comercial.[41] Diz-se que os contratos mercantis estão sujeitos a regramento diverso por conta das exigências de simplicidade, celeridade e de crédito, típicas do direito empresarial.[42]

Já foi ressaltado que direito comercial e direito do consumidor são regidos por *princípios peculiares diversos*, submetendo-se a lógicas apartadas. É preciso, então, distinguir as duas espécies de contratos para impedir a indevida aplicação de princípios de um ramo do direito a outro, comprometendo o bom fluxo de relações econômicas. Torna-se premente *resgatar* os contratos comerciais para impedir sua absorção pelo consumerismo e, consequentemente, o aviltamento da racionalidade própria ao direito empresarial.

A grande discussão que, no passado, centrava-se na diferenciação entre contratos civis e mercantis, hoje assume nova feição. O direito do consumidor aflorou como ramo independente, sujeito às especificidades (ou princípios peculiares) que lhe dão forma e conteúdo, tais como a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o "direito de não ser explorado".[43-44]

41. Cf., a título exemplificativo, Leon Lacour, *Précis de droit commercial*, 214 e ss. Na mesma linha, Germain Brulliard e Daniel Laroche, *Précis de droit commercial*, 191. O primeiro ponto destacado por esses autores, na esteira da doutrina tradicional, é a aplicação aos contratos comerciais das regras gerais do Código Civil francês, notadamente aquelas referentes à existência e à validade dos negócios, seus efeitos e modos de extinção. Seguem, afirmando que as regras particulares dos contratos comerciais "se justifient par les raisons mêmes qui expliquent l'existence d'un droit commercial distinct du droit civil et qui peuvent se résumer em deux mots: rapidité et sécurité".
42. Cf. Jean Escarra, *Manuel de droit commercial*, 577.
43. Na dicção de Bulgarelli (*Contratos mercantis*, 24).
44. Para explicação dos vetores do direito do consumidor, cf. Antonio Herman Benjamin, O direito do consumidor.

Paradoxalmente, a consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos comerciais à sua "redescoberta" como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista.

20. A matéria incorpora, assim, nova e importante tripartição: [i] contratos civis; [ii] contratos com consumidores; e [iii] contratos comerciais.[45-46]

Essa ideia foi esboçada entre nós por Waldírio Bulgarelli, ainda na década de 80:

> "Há, portanto, [...] de se distinguir hoje entre os contratos comuns, firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica, dos contratos entre empresas, e dos contratos dos particulares com as empresas, sendo estes últimos, o alvo especial do chamado direito do consumidor, que só agora começa a despontar entre nós".[47]

Antonio Junqueira de Azevedo indica que, hoje, contratos apartam-se entre "contratos empresariais" e "contratos existenciais", que incluem os contratos de consumo, contratos celebrados para viabilizar a subsistência da pessoa humana,

45. "Alla distinzione tra contratti commerciali e contratti civili [...] sembra avvicendarsi perlomeno una tripartizione: che corre dai contratti civili a quelli commerciali passando atraverso i contratti dei consumatori" (Fabrizio di Marzio, Verso il nuovo diritto dei contratti, 4).
46. "'[l]l contratto del consumatore' – inteso come contratto fra un consumatore e un operatore economico professionale, relativo all'acquisto di beni o servizi forniti da quest'ultimo – emerge come categoria autonoma e significativa del diritto contrattuale. Questo è um dato acquisito ovunque, e da tempo" (Vicenzo Roppo, *Il contratto del duemila*, 26).
47. *Contratos mercantis*, 24.

compra da casa própria, contratos de trabalho e locações residenciais. "Essa nova dicotomia é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do séc. XXI". Trata-se de sistematização tão funcional para o nosso século quanto foi no século passado a distinção entre os contratos paritários e os contratos de adesão.[48]

Traço diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no *escopo de lucro bilateral*, que condiciona o comportamento das partes, sua "vontade comum" e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe *dinâmica diversa e peculiar*.

Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Mas ele, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados.[49-50]

Lançando mão da sempre útil terminologia tradicional do direito mercantil, dizemos que a "natureza e o espírito do contrato" comercial são condicionados pela "vontade comum" das partes, direcionada que é pelo *escopo de lucro* que grava cada uma delas.

48. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial de contrato, 356.

49. "[I]l contratto, pur destinato a regolare un singolo e specifico rapporto, rappresenta anche uno dei momenti nei quali si realizza la più complessa attività dell'impresa: da ciò, almeno potenzialmente, un'influenza su di esso del modo in cui questa attività è stata programmata dall'imprenditore" (Carlo Angelici, La contrattazione d'impresa, 190-1).

50. Daí dizermos que o fim imediato das contratações é a satisfação das necessidades econômicas das empresas, enquanto que o escopo máximo delas é sempre o lucro.

21. Nos contratos consumeristas, essa luta pelo lucro recai apenas sobre uma das partes (a empresa fornecedora); nos civis, pode inexistir (como no caso da doação) ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento (locação, por exemplo).

De qualquer forma, mesmo nessas hipóteses, o escopo econômico não marca o contrato de forma tão incisiva como nos casos comerciais, pois a parte não tem sua atividade, *toda ela*, voltada para o lucro, como ocorre com as empresas e sua atividade *profissional*. Com efeito, o moto da empresa é diverso daquele do proprietário de um imóvel que o aluga; enquanto toda a existência da primeira somente se justifica pelo fim lucrativo, o proprietário, embora deseje obter vantagem econômica do negócio, não tem nisso sua *razão de ser*.

1.6 Uma necessária digressão histórica: os cismas das categorias contratuais e a consolidação dos contratos empresariais

22. É clássica a afirmação de Ascarelli no sentido de que o direito comercial é uma *categoria histórica* e não *ontológica*.[51] Assim, "a sua razão de ser perante o direito civil não pode repousar sobre critérios lógicos, mas sobre critérios históricos".[52] Somente podemos entender a essência do direito mercantil se encararmos as *razões históricas* de seu nascimento, i.e., a gênese de seus "princípios peculiares", de sua "especificidade intrínseca".[53]

51. Cf. *Corso di diritto commerciale*, 79.

52. La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, 4.

53. "È sempre solamente da un punto di vista storico, e cioè in relazione alle diverse esigenze dei singoli momenti storici, che si può comprendere l'autonomia successivamente rivendicata dal diritto del lavoro, dal diritto industriale, dal diritto agrario. Diritti speciali tutti e che anch'essi si contraddistinguono per comprendere insieme norme di diritto pubblico e di diritto privato, per avere, quali diritti

O método de análise sugerido por ASCARELLI é indispensável para a real compreensão da categoria dos contratos comerciais; seu reconhecimento como categoria independente exige que sejam tomados em *perspectiva histórica*.

23. Sem embargo das interessantes e atuais discussões sobre a existência de direito comercial em Roma,[54] sigamos as lições de GOLDSCHMIDT[55] e admitamos que apenas por volta do século XII o direito mercantil solidificou-se como ramo autônomo.[56] Se antes todos os contratos estavam sujeitos à disciplina civilista – baseada no direito romano –, aqueles comerciais começam a dela desprender-se, assumindo regras (e jurisdição) próprias. O surgimento do direito comercial faz com que os negócios mercantis sejam divisados apartadamente dos demais. *Tem-se um primeiro cisma, que faz nascer a clássica dicotomia do direito privado: direito civil e direito comercial.*

24. A revolução industrial traz não apenas a afirmação do dogma do livre mercado, mas também reações causadas pela primazia dessa lógica.

No final do século XVIII, já se haviam solidificado os princípios liberais enformadores da generalidade dos contratos: individualismo, liberdade de contratar e presunção de igualdade entre as partes.[57] O mercado se faz possível porque o sistema jurídico presume a igualdade dos contratantes que, no exercício de sua liberdade, estabelecem trocas entre si. "O contrato surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social", explica ORLANDO GOMES.[58]

Mas o funcionamento do mercado liberal gera disfunções (efeitos autodestrutíveis), que levam à desestabilização do sistema. Daí o inteligente arranjo implementado pelo direito, intervindo para neutralizar e evitar crises. A proteção dos "direitos sociais" dos trabalhadores mostra-se imperativo para perpetuar o tráfico mercantil. *O "interesse geral do comércio" exige que o fator trabalho continue desempenhando seu papel no processo produtivo, dando seguimento ao processo de acumulação de capital.*

speciali, una esistenza che é storicamente determinata, per comprendere um ambito che è a volte a volte diverso" (La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, 5).

54. Cf., sobre a existência do direito comercial em Roma, PIETRO CERAMI e ALDO PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*; FELICIANO SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*; PIETRO CERAMI, ANDREA DI PORTO e ALDO PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*.

55. *Storia universale del diritto commerciale*, 60 e ss.

56. "Un sistema speciale del diritto marittimo e del diritto commerciale fu invece creazione italiana nella primavera della nostra civiltà comunale (TULLIO ASCARELLI, La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, 3). No mesmo sentido, praticamente a totalidade da doutrina italiana e brasileira.

57. A lição de ORLANDO GOMES há de ser sempre lembrada: "A moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção. O conjunto de ideias então dominantes, nos planos econômico político e social, constituiu-se em matriz da concepção do contrato como consenso e da vontade como fonte de efeitos jurídicos, refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo. O liberalismo econômico, a ideia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica" (*Contratos*, 7).

58. ORLANDO GOMES, *Contratos*, 7.

A relação entre patrão e empregado – i.e., entre *empresa* e empregado – deve ser isolada e tratada de maneira *especial*, arrefecendo, de certa forma, os princípios liberais do tráfico.[59] Exige-se que os negócios jurídicos com empregados passem a obedecer princípios peculiares, que reconheçam e lidem com a *hipossuficiência* do trabalhador. Há um "particularismo do negócio jurídico básico regulado pela legislação do trabalho [que] justifica as inovações nos métodos, nos critérios e na própria técnica que distinguem o Direito do Trabalho do direito comum".[60]

59. Sempre na lição de ASCARELLI: "Il superamento del liberalismo e dell'individualismo economico è oggi ovunque nella realtà delle cose. Nel diritto privato è stato naturalmente innazi tutto nel diritto del lavoro che, fin dalla fine del secolo XIX, la concezione liberale e individualista è stata sottoposta a uma critica serrata ed a trasformazioni profonde" (La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, 8). No mesmo sentido, CESARINO JÚNIOR: "É lugar comum nas obras de direito do trabalho a afirmação de que o individualismo, proprio da Revolução francêsa, proclamando a igualdade, a liberdade contratual entre o patrão e o operario, havia apenas garantido a êste [...] o direito de... morrer de fome. Com efeito, a desigualdade das condições econômicas dos dois contratantes, se traduzia sempre ou quase, na aceitação pela parte mais fraca, o operário, das condições danosas que lhe eram impostas pelo mais forte, o patrão, que podia esperar o empregado que se sujeitasse ás suas imposições, enquanto o operario, não dispondo de outros recursos que não a sua força de trabalho, devia sujeitar-se a aceitar as condições propostas, por mais bronzeas que fossem. Daí, naturalmente a necessidade de uma legislação especial, a atual legislação social, feita, como acentuou notavel civilista, com a preocupação de proteger a parte mais fraca" (*Natureza jurídica do contrato individual de trabalho*, 30).

60. ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, *Curso de direito do trabalho*, XIII. Esses autores identificam em dois pontos as especificidades da relação jurídica nuclear do direito do trabalho: [i] o predomínio do fator humano que origina, para uma das partes, dependência pessoal e [ii] o impacto dessa relação no sistema econômico globalmente considerado, "tornando-se algo mais do que um simples vínculo entre duas pessoas" [XII].

No Brasil, o apartar das relações trabalhistas assume traços característicos, derivados da resistência liberal. Relatam autores especializados o veto presidencial a leis que, no início da República, procuraram garantir alguns direitos aos trabalhadores:

> "Segundo o princípio de igualdade perante a lei, a locação de serviço agrícola deve ser regulada pelos princípios de direito comum e não por um regime processual e penal de exceção.
>
> Nas sociedades civilizadas a atividade humana se exerce em quase todas as formas sob o regime do contrato.
>
> Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício das profissões, garantidas em toda a sua plenitude pela [...] Constituição.
>
> O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as consequências dos contratos livremente realizados. Por essa forma, o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação da liberdade e da atividade individual, garantidos os seus efeitos. [...]
>
> O trabalho humano foge sempre à regulamentação, procurando pontos onde ele pode exercer-se livremente".[61]

De início, as relações entre capital e trabalho eram disciplinadas pelo Código Civil de 1916 como locação de serviços (art. 1.216 e seguintes).[62] A ideia base calca-se no *liberalismo*, pressupondo que as partes, inclusive o empregado, disporiam

61. ARNALDO SUSSEKIND, DÉLIO MARANHÃO e SEGADAS VIANNA, *Instituições de direito do trabalho*, 57-8.

62. Havia poucas leis protetivas, relatadas por ARNALDO SUSSEKIND, DÉLIO MARANHÃO e SEGADAS VIANNA, *Instituições de direito do trabalho*, 58 e ss.

de liberdade para negociar/aceitar os termos contratuais.[63] Em 1938, ainda se noticiava a incipiência da proteção trabalhista no Brasil e a ausência do reconhecimento do "contrato de trabalho".[64]

Mas aos poucos se estabelece entre nós a ideia da "hipossuficiência" do trabalhador, na expressão que se acredita cunhada por CESARINO JÚNIOR.[65] A legislação especial assiste, a partir dos anos trinta, a uma "intensificação febril" e à adoção da regulamentação internacional do trabalho, sob os auspícios da Organização Internacional do Trabalho (OIT).[66] A influência da obra de HAURIOU, com sua teoria das instituições, é marcante.[67] Merece incontestável destaque entre nós

63. ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK afirmam que a matéria recebeu, no Código Civil, "um tratamento no puro estilo clássico romanista" (*Curso de direito do trabalho*, 7). No mesmo sentido, CESARINO JUNIOR destaca que a própria expressão "locação de serviços" é mera tradução da *locatio* ou *conductio operarum* do direito romano (*Natureza jurídica do contrato individual de trabalho*, 18).

64. CESARINO JÚNIOR, *Natureza jurídica do contrato individual de trabalho*, 23 e ss.

65. "Aos não proprietários, que só possuem sua fôrça de trabalho, denominamos *hipossuficientes*. Aos proprietários, de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos *auto-suficientes*. Os hipossuficientes estão, em relação aos auto-suficientes, numa situação de hipossuficiência *absoluta*, pois dependem, para viver e fazer sua família, do produto de seu trabalho. [...] Há uma troca entre os bens excedentes dos ricos e os serviços dos pobres. O lugar em que geralmente se opera esta troca é a emprêsa [...]. [...] A hipossuficiência absoluta se caracteriza pelo fato de o indivíduo depender do produto do seu trabalho para manter-se e à sua família" (*Direito social brasileiro*, 25-6).

66. Os diplomas mais relevantes desse período e sua disciplina constitucional são anotados por ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, *Curso de direito do trabalho*, 7.

67. "As grandes linhas dessa nova teoria são as seguintes: uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que avia os órgãos necessários; de outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas por órgãos de poder e regradas por procedimentos" (*La teoría de la institución y de la fundación*, 39-40).

a promulgação da CLT, quando a empresa é identificada com o empregador.

Desta feita, ao primeiro grande cisma dos contratos patrimoniais, sucede um segundo: decotam-se os contratos trabalhistas, firmando nova *categoria autônoma*.

25. Seguindo no tempo, a preservação do mercado exige que seja conferida proteção especial aos *consumidores*. Em sua essência, o movimento que então se verifica não difere daqueles que relatamos: mais uma vez, há mutilação, porque certos contratos assumem funcionamento peculiar. A esses negócios (contratos consumeristas) é impressa lógica diversa, apartada daquela do corpo da qual se desprendeu.[68]

68. Retomemos, neste ponto, a lição de ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN: "A adaptação de soluções do 'liberalismo clássico', produzidas em uma realidade econômica inteiramente diversa da atual, deixou de levar em conta que 'fenômenos de massa' não comportam remédios individualistas, alicerçados em ideias sem qualquer conexão com a sociedade de consumo. Princípios como os da liberdade contratual, da liberdade de comércio, da não intervenção do Estado no gerenciamento do mercado, da responsabilidade do fornecedor apenas por culpa, assim como as normas rígidas de legitimidade *ad causam* e de prova, foram formulados para regrar relações sociais de feições diversas da relação de consumo. [...] Mas por que esse despertar legislativo? Primeiro porque o surgimento da sociedade de consumo propiciou o aparecimento de relações jurídicas antes desconhecidas. Ou, se preferirem, permitiu o aparecimento de 'formas de manifestação' singulares para as relações jurídicas clássicas [compra e venda, locação, mútuo]. Em segundo lugar, a mesma sociedade de consumo, pela massificação de suas relações e pelo fortalecimento da empresa, criou uma situação de 'vulnerabilidade' para o consumidor" (O direito do consumidor, 49-50).

26. Todos esses cismas e rearranjos são realizados (pelo direito) em torno do *status* das partes. Os contratos mercantis despregam-se do direito comum porque deles participa um *comerciante*; os trabalhistas, porque envolvem *empregado* e os consumeristas porque na relação há *consumidor*.

Bem nítido esse quadro, tratar-se-á das características comuns dos contratos empresariais, que lhes dão unicidade e fazem relevante seu estudo nas vestes de categoria independente.

II
OS VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS MERCANTIS

SUMÁRIO: II.1 A necessária busca dos traços comuns dos contratos mercantis – II.2 Escopo de lucro – II.3 O norte do contrato: sua função econômica – II.4 Custos de transação – II.5 Prática e contratos empresariais – II.6 Oportunismo e vinculação – II.7 Racionalidade limitada – II.8 Desvio de pontos controvertidos – II.9 Incompletude contratual – II.10 Ambiente institucional – II.11 Segurança e previsibilidade – II.12 *Pacta sunt servanda* – II.13 Limitações à autonomia privada – II.14 Tutela de crédito – II.15 Contrato e erro (jogada equivocada do agente econômico) – II.16 Confiança e custos de transação – II.17 Boa-fé nos contratos empresariais – II.18 Egoísmo do agente econômico – II.19 Usos e costumes – II.20 Agentes econômicos "ativos e probos" – II.21 Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica? – II.22 Globalização e usos e costumes – II.23 Forma e custos de transação – II.24 Contrato como instrumento de alocação de riscos – II.25 Contrato e informações – II.26 Informação e oportunismo (relação "principal/agente") – II.27 Modificação do comportamento pós-contratual (*moral hazard*) – II.28 Aumento da dependência econômica pelo contrato – II.29 "Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda".

II.1 A necessária busca dos traços comuns dos contratos mercantis

27. Vimos, no ensaio anterior, que o estudo dos contratos comerciais desde a perspectiva do mercado – i.e., do contexto que lhes dá força e sentido – exige sejam eles considerados como *categoria unitária e autônoma*, afastando-se a análise truncada, tipo a tipo, que costuma ter lugar.