

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Estagiárias: Camilla Sampaio Silva e Camilla Dantara Ventura

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Leonardo Rocha e Rafael Ribeiro

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação de capa: WK Editoração

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

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

PAULA A. FORGIONI

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

Prefácio
NATALINO IRTI

4ª edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

SUMÁRIO: 1.1 Atividade empresarial e contratos. Mercado e teia contratual – 1.2 Negócios empresariais, negócios jurídicos e contratos no direito e na economia – 1.3 As partes dos contratos empresariais – 1.4 Definição dos contratos empresariais. A exclusão dos contratos com consumidores – 1.5 Contratos empresariais como categoria autônoma – 1.6 O escopo de lucro presente em todos os seus polos como marca e guia dos contratos empresariais – 1.7 Uma necessária digressão histórica: os cismas das categorias contratuais e a consolidação dos contratos empresariais.

1.1 Atividade empresarial e contratos. Mercado e teia contratual

Não se pode pensar a empresa de forma isolada. Essa visão confina o agente econômico nas próprias fronteiras, desliga-o do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise. A perspectiva estreita 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 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*.

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 a luz a *contratos e, conseqüentemente, a relações jurídicas*.

1. VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, 56. Cf. RONALD COASE, *The nature of the firm* e MELVIN EISENBERG, *The conception that the corporation is a nexus of contract, and the dual nature of the firm*.

O mercado identifica-se com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos.² Como se afirmou, “o mercado [...] é feito de contratos, os contratos nascem do e no mercado”.³ Na dicção de ROPPO, “na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria a riqueza”.⁴

Constatou-se que, fosse o direito comercial baseado apenas em negócios isolados, não passaria de uma “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.*⁵

Até pouco tempo, a doutrina atribuía menor importância à dimensão contratual do ente produtivo, fazendo repousar o foco de análise no empresário e em sua capacidade gerencial.⁶ “[A] centralidade do contrato e do mercado são fenômenos recentes”.⁷ A empresa mostra-se como *desdobramento* dessa

-
2. 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 PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, 98 e ss.]. São outros exemplos a fixação de sua sede em determinado endereço ou a divulgação de fato relevante ao mercado.
 3. GIORGIO OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, 48. No original: “Il mercato – lungi dal sostituire il contratto – 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”.
 4. ROPPO, *Il contratto*, 56.
 5. Cf. ROY GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, 58 e ss.
 6. 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”.
 7. A frase encontra-se na abertura do livro de PAOLO GALLO *Contratto e buona fede*. A importância quantitativa e qualitativa dos contratos explode nos últimos anos. Uma das razões é o pulular de direitos “especiais”, decorrentes do fenômeno da decodificação, estudado por NATALINO IRTI em sua clássica obra *Letà della decodificazione*. Sobre a importância dos contratos comerciais na economia, bem como para sua definição e princípios regentes, v. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria econômica do contrato* e MARCIA

perspectiva monista, de maneira que o centro de atenção não recai em sua interação com outros agentes.⁸

É recorrente, na doutrina comercialista, a referência à “atividade”. Esta menção não visa a destacar a *interação* da empresa com outras e sim o desdobramento da série de atos praticados pelo *empresário* na organização dos fatores de produção. A própria definição de atividade, amplamente acolhida, propugna que ela constitui uma “série de *atos* [praticados pela empresa] unificados por um escopo comum”.⁹ 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 pelo destaque à figura do *empresário* [= aquele que organiza], hoje pode ser considerada reducionista, pois não atribui o devido destaque ao indispensável *perfil contratual* do ente produtivo.

O vencedor do prêmio Nobel de economia de 1978, HERBERT SIMON, propôs a seguinte imagem: se representássemos cada agente econômico por um quadrado e cada relação por uma linha, teríamos inúmeros quadrados, que se interligam por número incontavelmente maior de traços.¹⁰ Forma-se uma teia. Os riscos são as *interações* entre os atores do mercado, muitas das quais se traduzem em contratos empresariais. *Empresa, contratos e mercado são conceitos indissociáveis*.¹¹

1.2 Negócios empresariais, negócios jurídicos e contratos no direito e na economia

Embora o direito comercial não exija a certeza terminológica tradicional da dogmática civilista – pois a linguagem soberana é aquela empregada

CARLA PEREIRA RIBEIRO e IRINEU GALESKI JUNIOR, *Teoria geral dos contratos. Contratos empresariais e análise econômica*.

8. 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].
9. NICOLA RONDINONE, *Lattività nel codice civile*, 13.
10. *Organizations and markets*, 27 e ss.
11. Sobre a definição de mercado, v. PAULA A. FORGIONI, *Direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado*, 153 e ss.

pelos comerciantes – vale a pena precisar alguns termos, cujo baralhamento mostra-se prejudicial.

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”, como sempre ensinou ORLANDO GOMES.¹²

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”.¹³

Mas, 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”.¹⁴⁻¹⁵

De acordo com a linha comercialista, o “negócio mercantil” identifica-se com as operações feitas pelos comerciantes e que se corporificam em contratos. Empregamos, assim, a palavra “negócio”, no sentido de *affaire*, em língua italiana, ou *affair*, na francesa; ou *business*, para os norte-americanos.

Outra precisão terminológica que se faz necessária diz respeito ao sentido que a palavra “contrato” assume hoje para os economistas. De acordo com a noção transcrita por WILLIAMSON, contrato é “an arrangement between two or more actors supported by reciprocal expectations and behaviour”.¹⁶ Na definição de renomados economistas brasileiros, o contrato é “[u]m acordo entre ofertante[s] e demandante[s], no qual os termos da troca são definidos”.¹⁷

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 “contrato” a relação entre administradores e acionistas das companhias – algo inconcebível para os juristas. “Assim, são

12. *Contratos*, 11.

13. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 16.

14. *Dicionário jurídico-comercial*, 327.

15. Cf., nesse sentido, os arts. 140, 165, 314 e 331 do Código Comercial de 1850 e o art. 1.º do Dec. 737, do mesmo ano.

16. *The firm as a nexus of treaties: an introduction*, 3.

17. FARINA et alii, *Competitividade, mercado, Estado e organizações*, 283.

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].¹⁸ 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”.¹⁹

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”,²⁰ adotando terminologia não coincidente com a jurídica.

1.3 As partes dos contratos empresariais

O tráfico mercantil concretiza-se por meio dos contratos e, para compreender o funcionamento do *mercado*, devemos caminhar por esse enredado. 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 essa articulação de relações é considerar que a empresa celebra contratos com as mais diversas categorias de agentes econômicos: consumidores, Estado, trabalhadores e assim por diante. 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 qual assumirá características específicas e exigirá tratamento jurídico peculiar.

A atenção do comercialista recai sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles *celebrados entre empresas*,²¹ i.e., *em que somente empresas fazem parte da relação*. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos [ou todos] os polos da relação têm sua atividade

18. ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, *Direito e economia, análise econômica do direito e das organizações*, 104.

19. EUGENE FAMA, *Agency problems and the theory of the firm*, 289.

20. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 57.

21. 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].

movida pela *busca do lucro*. Esse fato imprime viés peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.

Por mais incrível que possa parecer, 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 [ou 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 visualize a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir].

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

Os contratos com consumidores [ou “B2C”, na terminologia estadunidense] não mais integram o direito comercial.²² A evolução e a consolidação do direito do consumidor como ramo autônomo em relação ao civil e ao comercial desautoriza a projeção dos contratos mercantis de forma ampla, como se ainda abrangessem todos “i rapporti pertinenti ad un’impresa”, na linha da doutrina tradicional.²³

Outrora, do ponto de vista subjetivo, a presença de uma única empresa [ou comerciante] na relação bastava para atribuir comercialidade ao contrato;²⁴ hoje essa qualificação²⁵ requer que o vínculo jurídico seja estabelecido apenas entre empresas.

22. “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].

23. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, 381.

24. 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”.

25. 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].

Inevitável a referência à discussão acerca da 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 repousa na identificação da presença de um “destinatário final” na relação econômica/jurídica; ao fim 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 jurídicas que adquirem produtos ou serviços utilizados em sua *atividade profissional*.²⁶ “[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”.²⁷

Os maximalistas, por sua vez, veem nas normas do CDC o novo regulamento geral do mercado brasileiro, destinado a abranger realidade mais ampla. Entendem que a caracterização 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*.

26. 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].

27. NEWTON DE LUCCA, *Teoria geral da relação jurídica de consumo*, 119.

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.²⁸

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 de antiga discussão, 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-

28. 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”. Em sentido contrário, colocava-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. Contudo, “desde 2005, o STJ definiu-se em favor da teoria finalista, no sentido defendido pela doutrina majoritária, que criticava a equiparação do empresário ao consumidor, por entender que desvirtuava a aplicação do CDC, idealizado para compensar a desigualdade na relação de consumo. O *leading case* é o REsp 541.867 da Segunda Seção do STJ. Afirma o texto, reiterado em várias ementas do Tribunal: “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária” [rel. para acórdão Min. BARROS MONTEIRO, DJU de 16.05.2005]. No entanto, o mesmo STJ, em diversos precedentes, adota a teoria finalista mitigada, a qual, nos dizeres da Corte: “admite a incidência do CDC, ainda que a pessoa física ou jurídica não seja tecnicamente destinatárias finais do produto ou do serviço, quando estejam em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor” [STJ, AgRg nos EREsp 1331112, Corte Especial, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02.02.2015]. Enfim, houve importante e significativa evolução, ainda que, em alguns casos, a mitigação possa dar margem à insegurança jurídica, na medida em que exige o exame da vulnerabilidade em cada caso concreto, diminuindo a previsibilidade de sua aplicação” [ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER, em texto inédito, fornecido pelo autor]. Sobre o tema, v. também RODRIGO XAVIER LEONARDO, *Imposição e inversão do ônus da prova*.

-se, então – lembramo-nos todos – dos “atos de comércio por dependência ou conexão”.²⁹

O baralhamento das fronteiras entre o direito comercial e o consumerista 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, o art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 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, sempre estabeleceu 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 privilégio estariam excluídos os “não destinatários finais”, que seriam obrigados a comprovar suas alegações nos estritos termos do art. 373 do Código de Processo Civil. Contudo, deve-se considerar que o art. 373, § 1.º, do Código de Processo Civil abre a possibilidade de inversão do ônus da prova para hipóteses além daquelas de hipossuficiência da parte. Dessa forma, mostra-se cada vez menos necessário, para alcançar o benefício processual, “forçar” a interpretação equiparando o consumidor ao empresário.

O foro privilegiado para os consumidores está previsto no art. 101, I, do Código do Consumidor. 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.º, VIII, e do art. 101, I, do diploma consumerista.

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*.

Ao contrário, se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da *atividade empresarial* de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não

29. 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 interesse deste exercício” [CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5. ed., v. I, 506].

se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo de relações econômicas.³⁰

Isso não significa que o empresário em posição de sujeição ao poder do outro não seja digno de tutela. Todavia, 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 a *repressão ao abuso da dependência econômica* no campo do direito antitruste e do direito contratual empresarial.

1.5 Contratos empresariais como categoria autônoma

No Brasil, a expressão “contratos mercantis” 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 a maioria dos autores não dedicava grande esforço ao tratamento dos contratos comerciais como categoria autônoma, regida por princípios peculiares, adaptados e esculpido conforme a lógica de funcionamento do mercado. No máximo, algumas referências às evidentes especificidades dos negócios mercantis, desprezando-se talvez sua principal

30. Para LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES: “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].

característica moderna: *nos contratos empresariais, ambas [ou todas] as partes têm no lucro o escopo de sua atividade.*

Essa postura doutrinária reflete a realidade que circundava nossos autores: as regras especiais dos contratos mercantis contidas nos arts. 121 a 139 foram sendo sombreadas pela supressão de institutos como o “arbitramento”, pelo advento do Código Civil e pela edição de regras que suplantaram a dicotomia de jurisdições e as diferenças entre os processos civis e comerciais. Além disso, as dissonâncias específicas entre contratos civis e comerciais foram sendo limadas, restando poucas aparas, de importância mitigada.

Mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, a doutrina brasileira 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 [...]”.³¹ Assim, a necessidade de distinção advinha das “diferenças no tratamento de certos contratos por ambos os códigos”³²⁻³³ e não de questões

31. *Contratos mercantis*, 38. A mesma observação é feita por WALDEMAR FERREIRA [*Tratado de direito comercial*, v. 8, 10].

32. *Contratos mercantis*, 38.

33. 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 o caracter de solidariedade de todas as obrigações mercantis collectivas. 2.º o caracter de onerosidade de todas as obrigações. 3.º a simplificação das formalidades que retardam a perfeição dos contractos, ficando, em regra, reduzidas ao simples accordo das vontades. 4.º a simplificação 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 aquêl 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 formali-

materiais. Destaca FRAN MARTINS, “[r]egem a matéria das obrigações, de modo geral, as normas do direito civil”.

Nessa linha, TEIXEIRA DE FREITAS sustentava que as disposições gerais referentes aos contratos mercantis, constantes do Título V do Código Comercial, “forão só motivadas pela pobreza do nosso *Direito Civil Patrio*³⁴ [...], e não porque – *para os contractos em geral* – hajão, ou devão havêr, 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*, 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”.³⁵

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 aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global”.³⁶

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”.³⁷

O problema é que a unificação do direito das obrigações trouxe consigo o descaso pela *teoria geral* dos contratos mercantis.³⁸ Uma vez que coincidiam os regimes das obrigações civis e comerciais, não haveria mesmo razão para estudar em separado os dois grupos de contratos, buscando singularidades no

dades [*Curso de direito comercial*, 61]. Na sua esteira, são as lições de ALFREDO RUSSELL [*Direito commercial*, 353 e ss.].

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

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

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

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

38. 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 VAMPRE e o *Curso de direito comercial terrestre* de JOÃO EUNÁPIO BORGES.

funcionamento e na disciplina de cada um deles. Justificava-se, tão somente, o estudo individual dos *tipos contratuais*.

Esse foi o caminho 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.

Na Itália, por longo período, a teoria geral dos contratos comerciais restou estagnada e a própria existência dos contratos mercantis chegou a ser contestada.³⁹ 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”.⁴⁰ Até hoje, assinala SALVATORE MONTICELLI, os contratos empresariais não costumam ser reconhecidos como categoria autônoma⁴¹ por boa parte dos autores peninsulares.

ARTHURO DALMARTELLO, em pioneira obra editada em 1958, lutava para comprovar que os contratos comerciais continuavam a existir, não obstante a unificação de 1942.⁴² Sobre essa obra foi dito que “desafiou toda a doutrina privatista”, que, após a unificação, havia “sepultado os contratos comerciais”.⁴³

39. Cf. GIORGIO OPPO, *Principi e problemi del diritto privato*, 204. Na Argentina, sustenta ETCHERRY 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 excede el campo unicontractual” [*Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, 94].

40. “[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].

41. “[...] la stessa locuzione ‘contratti commerciali’ è stata per decenni espunta del lessico giuridico anche in funzione meramente descrittiva; al raggruppamento, anche laddove ridenominato con l’adozione dell’espressione ‘contratti d’impresa’, è stato negato spazio e considerazione nelle enciclopedie giuridiche e nei repertori, negli indici dei manuali tanto di 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 expulsa do léxico jurídico, como se pode comprovar pela ausência do verbete nas enciclopédias jurídicas [exceção feita à Treccani], repertórios e, até pouco tempo, nos índices dos manuais e direito privado e até mesmo de direito comercial [xxi].

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

43. BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, “Premessa”, xix.

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

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 certa preocupação com a perda de importância da matéria, talvez ajudem a explicar a tentativa italiana de atrair para a órbita do direito comercial contratos que, a toda evidência, dele se desprezaram.⁴⁴⁻⁴⁵

Essa postura [na Itália e 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 diversos;⁴⁶ ou [ii] recorre-se 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 cotidiano.

44. 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.

45. Outro fator que talvez explique a recusa italiana de considerar os contratos com consumidores independentemente dos contratos comerciais seria o mais tardio desenvolvimento da doutrina consumerista. Em 1995, quando, no Brasil, o direito do consumidor era 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 soprattutto sotto la specie della responsabilità del prodotto difettoso” [VICENZO BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, 2-3].

46. 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].

Na França, embora exista um Código Comercial, o cenário não se mostra muito diferente do brasileiro. Não se nega a existência da categoria dos *contrats commerciaux*, mas 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 justificam a autonomia do direito comercial.⁴⁷ 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.⁴⁸

Ressaltou-se 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 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”.⁴⁹⁻⁵⁰

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.

47. 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”.

48. Cf. JEAN ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, 577.

49. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, 24.

50. Para explicação dos vetores do direito do consumidor, cf. ANTONIO HERMAN BENJAMIN, *O direito do consumidor*.

A matéria incorpora, assim, nova e importante tripartição: [i] contratos civis; [ii] contratos com consumidores; e [iii] contratos comerciais.⁵¹⁻⁵²

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”.⁵³

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO indica que os contratos apartam-se entre “contratos empresariais” e “contratos existenciais”, que incluem os contratos de consumo, contratos celebrados para viabilizar a subsistência da pessoa humana, 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.⁵⁴

1.6 O escopo de lucro presente em todos os seus polos como marca e guia dos contratos empresariais

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no *escopo de lucro de todas as partes envolvidas*, que condiciona seu comportamento, 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. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como

51. “Alla distinzione tra contratti commerciali e contratti civili [...] sembra avvicinarsi perlomeno una tripartizione: che corre dai contratti civili a quelli commerciali passando attraverso i contratti dei consumatori” [FABRIZIO DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti*, 4].

52. “[I]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 un dato acquisito ovunque, e da tempo” [VINCENZO ROPPO, *Il contratto del duemila*, 26].

53. *Contratos mercantis*, 24.

54. Natureza jurídica do contrato de consórcio [sinalagma indireto]. Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial de contrato, 356.

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.⁵⁵⁻⁵⁶

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.

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*. O moto da empresa é diverso daquele do proprietário de um imóvel que o aluga; enquanto toda a existência da primeira justifica-se pelo fim lucrativo, o proprietário, embora deseje obter vantagem econômica do negócio, não tem nisso sua *razão de ser*.

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

É conhecida a afirmação de ASCARELLI no sentido de que o direito comercial é uma *categoria histórica* e não *ontológica*.⁵⁷ Assim, “a sua razão de ser perante o direito civil não pode repousar sobre critérios lógicos, mas sobre critérios históricos”.⁵⁸ 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”.⁵⁹

55. “[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].

56. 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.

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

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

59. “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

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*.

Sem embargo das interessantes e atuais discussões sobre a existência de direito comercial em Roma,⁶⁰ sigamos as lições de GOLDSCHMIDT⁶¹ e admitamos que apenas por volta do século XII o direito mercantil solidificou-se como ramo autônomo.⁶² 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 apartados dos demais. *Tem-se um primeiro cisma, que faz nascer a clássica dicotomia do direito privado: direito civil e direito comercial.*

A revolução industrial traz a afirmação do dogma do livre mercado e também reações causadas pela primazia dessa lógica.

No final do século XVIII, haviam se solidificado os princípios liberais enformadores da generalidade dos contratos: individualismo, liberdade de contratar e presunção de igualdade entre as partes.⁶³ O mercado se faz possí-

norme di diritto pubblico e di diritto privato, per avere, quali diritti speciali, una esistenza che è storicamente determinata, per comprendere un ambito che è a volte a volte diverso” [La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, 5].

60. 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*.

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

62. “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.

63. 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

vel 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.⁶⁴

Mas o funcionamento do mercado liberal gera disfunções [efeitos autodes-trutíveis, “falhas”, “externalidades negativas”], 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.

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.⁶⁵ Exige-se que os negócios jurídicos com empregados passem a obedecer a princípios peculiares, que reconheçam e lidem com a *hipossuficiência* do trabalhador. Há um “particularismo do negócio jurídico

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].

64. ORLANDO GOMES, *Contratos*, 7.

65. Para ASCARELLI: “Il superamento del liberalismo e dell’individualismo economico è oggi ovunque nella realtà delle cose. Nel diritto privato è stato naturalmente innanzi tutto nel diritto del lavoro che, fin dalla fine del secolo XIX, la concezione liberale e individualista è stata sottoposta a una 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 francesa, proclamando a igualdade, a liberdade contratual entre o patrão e o operario, havia apenas garantido a este [...] 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 às 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].

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”.⁶⁶

No Brasil, o apartar das relações trabalhistas assume traços característicos, derivados da resistência liberal. Relata-se 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”.⁶⁷

De início, as relações entre capital e trabalho eram disciplinadas pelo Código Civil de 1916 como locação de serviços [art. 1.216 e seguintes].⁶⁸ A ideia base calca-se no *liberalismo*, pressupondo que as partes, inclusive o empregado, dispõem de liberdade para negociar/aceitar os termos contratuais.⁶⁹

66. 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].

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

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

69. 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].

Em 1938, ainda se noticiava a incipiência da proteção trabalhista no Brasil e a ausência do reconhecimento do “contrato de trabalho”.⁷⁰

Mas aos poucos se estabelece entre nós a concepção da “hipossuficiência” do trabalhador, na expressão que se acredita cunhada por CESARINO JÚNIOR.⁷¹ 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].⁷² A influência da obra de HAURIUO, com sua teoria das instituições, é marcante.⁷³ Merece incontestável destaque a promulgação da CLT, quando a *empresa* é identificada com o empregador.

Ao primeiro grande cisma dos contratos mercantis, sucede um segundo: decotam-se os contratos trabalhistas, firmando nova *categoria autônoma*.

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, ocorre a separação de um conjunto de relações econômicas, porque assumem funcionamento peculiar. A esses negócios [contratos consumeristas] é impressa lógica diversa, apartada daquela do corpo da qual se desprende.⁷⁴

No mesmo sentido, CESARINO JÚNIOR 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].

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

71. “Aos não proprietários, que só possuem sua força 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 empresa [...]. [...] 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].

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

73. “As grandes linhas dessa 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].

74. Retomemos a lição de ANTONIO HERMAN DE 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 remé-

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*.

As interações e iterações que acontecem no mercado hão de ser agrupadas segundo os sujeitos que delas participam, pois é em virtude deles que as relações jurídicas acomodar-se-ão em torno de princípios comuns. Ou seja, na ordem jurídica do mercado, as relações são disciplinadas de acordo com o “status” das partes.⁷⁵ Na atualidade, apenas as relações interempresariais submetem-se ao parâmetro mercantil.

dios 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 reger 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].

75. É inegável a tendência, referida pela melhor doutrina italiana, da consideração do *status* das partes pelo ordenamento jurídico para fins da disciplina das relações das quais participam. Por exemplo, BUONOCORE: “[...] la prima linea di tendenza, che meglio sarebbe considerare come presupposto generale di tutte le costatazioni che seguiranno, è, dunque, quella dell’emergere nella legislazione speciale di una disciplina differenziata dei contratti, indotta dalla qualità, o, se si vuole, dallo *status* delle parti”. E, mais adiante: “É stata, però, la legislazione speciale a dare novella, e decisiva, rilevanza – direta o indiretta – allo *status* delle parti contraenti, dettando una disciplina differenziata rispetto a quella generale dei contratti contenuta nel codice civile: l’aspetto fortemente innovativo dei provvedimenti sta sia nella circostanza che tale disciplina differenziata non riguarda un singolo rapporto ma la generalità dei contratti stipulati da un imprenditore o comunque gruppi omogenei di contratti, sia nella circostanza [...] che nei nuovi provvedimenti viene presa in considerazione e disciplinata non solo la posizione dell’imprenditore, e cioè il contraente ‘forte’, ma anche quella dell’altro contraente’, e cioè l’interfaccia dell’imprenditore” [*Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, 120]. Para complementação da ideia do autor, v. Ainda “Contratti del consumatore e contratti d’impresa”, especialmente 20 e ss. Mais recentemente, GUIDO ALPA, analisando a realidade da disciplina da União Europeia sobre os contratos, afirma: “dobbiamo distinguere allora i contratti tra imprenditori [o professionisti], e i contratti conclusi con i consumatori” [*Il contratto in generale*, 577].

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

SUMÁRIO: 2.1 Por que classificar? Classificação tradicional dos contratos e a necessidade de novas categorias – 2.2 Quanto ao grau de vinculação futura entre as partes: contratos instantâneos [“spot”], híbridos e societários – 2.3 Quanto ao grau de positividade: contratos típicos, atípicos e socialmente típicos: 2.3.1 A criação dos contratos socialmente típicos pela prática de mercado; 2.3.2 Cláusulas socialmente típicas – 2.4 Quanto à abrangência do objeto: contratos-quadro e contratos satélite – 2.5 Quanto ao grau de ligação: contratos coligados e contratos independentes – 2.6 Quanto ao grau de complexidade: contratos simples e contratos complexos – 2.7 Quanto ao grau de completude do regramento: contratos completos e incompletos. Existem contratos completos? – 2.8 Quanto ao interesse principal da parte no contrato: contratos de prestação e contratos de relação [ou contratos relacionais] – 2.9 Quanto ao tipo de negociação que lhes dá origem: contratos de adesão e contratos negociados – 2.10 Quanto ao grau de poder econômico das partes: contratos paritários e contratos em que há situação de dependência econômica: 2.10.1 Contratos aos quais a dependência econômica é inerente; 2.10.2 Contratos em que o grau de dependência econômica aumenta durante sua execução – 2.11 Quanto à ligação a contratos celebrados entre terceiros: contratos isolados e contratos em rede.

2.1 Por que classificar? Classificação tradicional dos contratos e a necessidade de novas categorias

Classificações não são corretas ou incorretas e sim úteis ou inúteis.¹ Emergem da necessidade de organização da realidade. Tais quais os modelos dos economistas, as classificações jurídicas reduzem a complexidade do ambiente institucional, possibilitando seu estudo e disciplina.

Classifica-se para ordenar e, dessa forma, compreender.

-
1. “Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están superitadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de uma manera más fácilmente comprensible o más rica em consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por uma de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica” [GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 99].

A ideia de classificação advertem STEFANOS MOUZAS e MICHEL FURMSTON, deriva do conceito aristotélico de *taxis*, que significa *ordem*, ligando-se a um sistema ou padrão no qual “elementos de vários tipos relacionam-se uns aos outros”.²

O esforço de ordenação busca identificar os traços comuns nos negócios. Aqueles da mesma categoria encontram-se concatenados de tal maneira que, pelo contato com um deles, conseguimos apreender, deduzir traços peculiares e formar expectativas em relação aos restantes. As classificações jurídicas são uma construção, uma ordem arquitetada a partir da observação da realidade [*taxis*], e não decorrente da evolução natural das coisas [*kosmos*].³

É natural que as classificações reflitam preocupações, fenômenos e institutos do momento histórico em que foram talhadas. Não é sem razão que o reconhecimento da categoria dos contratos plurilaterais, ao lado dos unilaterais e dos bilaterais, deu-se apenas no início do século XX, com a intensificação dos problemas relacionados às sociedades.⁴ Igualmente, a preocupação com os contratos de adesão surgiu com a industrialização e a difusão do comércio em massa.

Hoje, não é possível pensar o direito dos negócios lançando mão exclusivamente das classificações encetadas até meados do século XX. Decerto elas ainda são muito importantes; contudo, a realidade econômica de agora desvela outros contextos que requerem compreensão e sistematização.

Neste capítulo, a par da taxinomia tradicional, pretende-se dar notícia de outros critérios classificatórios impostos pelo ambiente dos nossos tempos. Ao contrário da dogmática tradicional civilista, este esforço de organização não é perfeito e tampouco lapidado ao longo de mais de dois mil anos. Todavia, o grupamento dos contratos empresariais em torno de certas características que interessam mais de perto à dinâmica do mercado permite ao estudioso do direito comercial reduzir a complexidade da realidade, alinhando fatores que condicionam a natureza e a dinâmica dos negócios entre empresas.

É preciso apartar [i] a identificação dos *tipos contratuais* da [i] criação de *categorias de contratos*. Embora se trate, ambas, de *ordenações* no sentido acima apontado [HAYEK] e, muitas vezes, os termos sejam tomados como sinônimos, os *tipos contratuais* constroem-se sobre os *elementos essenciais* de determinado

2. STEFANOS MOUZAS e MICHAEL FURMSTON, A proposed taxonomy of contracts, 2.

3. HAYEK, *Direito, legislação e liberdade*, v. I, 38, ao discorrer sobre a função das classificações em geral.

4. V. TULLIO ASCARELLI, “O contrato plurilateral” em *Problemas das sociedades anônimas*, 273.

grupo de negócios jurídicos. Um contrato pertence a certo tipo se nele estão presentes os elementos indispensáveis à sua existência. “Sem os *essentialia negotii*, o negócio não seria jurídico [= não entraria no mundo jurídico], ou seria outro negócio jurídico que aquele, a respeito do qual se procedeu à discriminação do essencial e do acidental”.⁵ Por exemplo, o contrato de compra e venda é como tal reconhecido pelo ordenamento jurídico a partir do momento em que se têm a coisa, o preço e o consenso.

As *categorias* classificatórias, por sua vez, ligam-se ao grupamento conforme a *função econômica* do negócio ou conforme suas *características* marcantes e singulares. A menção a contratos de alienação traz à mente determinado grupo de negócios que levam à transferência da propriedade de bens; a categoria de contratos de distribuição abrange os contratos que viabilizam o escoamento da produção; os contratos bilaterais aqueles em que há dois polos etc.

Tradicionalmente, classificam-se os contratos segundo vários critérios, como o número de partes, tempo da prestação etc.⁶ Assim, os contratos podem ser:

- bilaterais e unilaterais [além dos plurilaterais];
- onerosos e gratuitos;
- solenes e não solenes;
- principais e acessórios;
- de execução instantânea, diferida e sucessiva;
- comutativos e aleatórios;
- por adesão e negociados; e
- empresariais e existenciais, talvez a mais importante dicotomia do século XXI, como lembrava o Professor JUNQUEIRA DE AZEVEDO.

Para o direito empresarial, é importante apartar os contratos conforme os seguintes critérios:

- grau de vinculação futura das partes [contratos imediatos, híbridos e societários];
- grau de positividade [contratos típicos, atípicos e socialmente típicos];
- abrangência do objeto [contrato quadro e contratos satélite];

5. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. III, 66.

6. Sobre as classificações dos contratos difundidas na *Common Law*, v. P.S. ATIYAH, *The law of contract*, 28 e ss. Para as classificações empregadas na nossa tradição, v. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, v. VII, *Direito das obrigações*. Contratos e negócios unilaterais, 183.

- grau de ligação de contratos celebrados entre as mesmas partes [contratos coligados e contratos independentes];
- grau de complexidade [contratos complexos e simples];
- grau de completude do regramento contratual [contratos completos e incompletos];
- interesse principal das partes no contrato [contratos de prestação e contratos de relação];
- tipo de negociação que lhes dá origem [contratos de adesão e contratos negociados];
- grau de poder econômico das partes [contratos paritários e contratos em que há situação de dependência econômica]; e
- existência de ligação a contratos celebrados entre terceiros [contratos isolados e contratos em rede].

Vejamos cada uma dessas categorias.

2.2 Quanto ao grau de vinculação futura entre as partes: contratos instantâneos [“spot”], híbridos e societários

Quanto ao grau de integração entre as empresas, ou de vinculação futura das partes, os contratos empresariais classificam-se em imediatos [“spot”], híbridos [muitas vezes identificados com os contratos de colaboração] e societários.⁷

Os negócios condicionam o comportamento futuro dos agentes econômicos, restringindo, com maior ou menor intensidade, sua liberdade de atuação pós-celebração. O contrato pode projetar quase ou nenhum efeito para o futuro, quando a ligação econômica produzida for pouco intensa, desfazendo-se tão logo adimplida a prestação. Da mesma forma, pode levar à forte vinculação das partes, atando-as à relação econômica e diminuindo a possibilidade de, no futuro, abraçarem estratégias conflitantes com a palavra empenhada.

Eis importante variável das contratações interempresariais: o grau de *estreitamento da liberdade futura das partes em decorrência da contratação*.

Exemplificando com a situação de um fabricante de sapatos que necessita de couro para confeccioná-los. A primeira opção seria adquirir a matéria-prima de algum curtume. Para encontrá-lo, é possível frequentar feiras do setor, consultar catálogos especializados, ouvir conselhos de outros empresários ou

7. Remete-se o leitor ao capítulo sobre os contratos de colaboração, em que a questão dos híbridos é tratada com maior profundidade.

utilizar ferramentas de pesquisa na *Internet*. Após gastar algum tempo com a coleta de informações, o fabricante opta por comprar 50 metros quadrados de couro negro de determinado produtor e 50 metros de couro branco de outro. No mês seguinte, ao precisar de nova matéria-prima, estará absolutamente livre para comprar o couro de qualquer outra empresa. *A operação de compra e venda com esses curtumes não gerou qualquer liame capaz de restringir seus negócios futuros.*

Mas essa liberdade custa *tempo e dinheiro*. A empresa pode preferir adotar outro modelo de negócio que estabeleça relação mais duradoura, como um *contrato de fornecimento*, em que haverá a disciplina do fluxo de relações econômicas entre as partes e não apenas de *uma operação isolada de compra e venda*.

Mesmo dentro de determinado tipo [no caso, o dos contratos de fornecimento], o grau de vinculação não será uniforme, pois restará moldado pela vontade das partes naquela situação específica: o prazo pode ser longo, curto ou indeterminado, o fabricante de sapatos pode exigir determinada maciez ou qualidade do couro, impor processos de preparação do material, exclusividade de fornecimento etc.

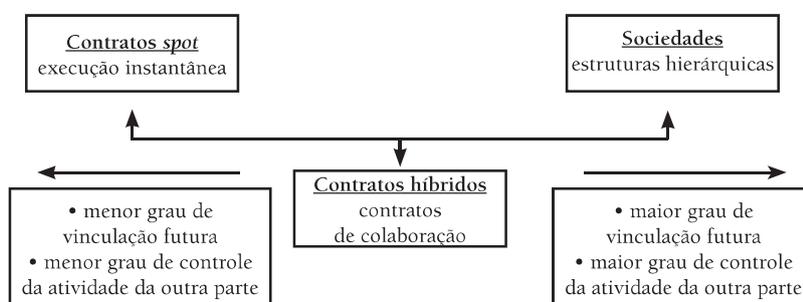
Maior o grau de vinculação entre as partes, maior a *integração* entre as empresas e maior o grau de previsibilidade da operação econômica. Dizemos com apoio nos economistas institucionais que, em certas situações, a celebração de contratos que geram integração leva à redução dos *custos de transação*, na medida em que permite à empresa economizar os recursos que despenderia se houvesse de barganhar amplo espectro de variáveis a cada operação de compra e venda.

A afirmação de que duas empresas “integraram sua produção” significa a celebração de negócio mediante o qual a atividade produtiva de uma voltou-se à satisfação de necessidades da outra. Esses contratos de colaboração ou híbridos surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de extensa série de contratos de intercâmbio desconectados, como os custos de transação, e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários [ou hierárquicos].

Seguindo o mesmo exemplo, no limite, o fabricante poderá até mesmo constituir *sociedade* com o curtume, *absorvendo internamente* as duas fases do processo produtivo [curtume e fabricação das bolsas]. Essa estratégia trar-lhe-á maior espaço para controlar as características da produção do insumo; ao mesmo tempo, restringirá suas opções quanto aos fornecedores, pois haverá de empregar o couro produzido pela nova sociedade.

Dispuséssemos as formas jurídicas das relações entre empresas ao longo de uma linha imaginária, teríamos, em um extremo, os contratos de intercâmbio e, no outro, as sociedades. No entremeio, os mais variados tipos de contratos híbridos, que conjugam o elemento de intercâmbio com o de colaboração. Quanto mais próximo o contrato híbrido estiver daquele de intercâmbio, maior o grau de independência das partes e menor a colaboração futura entre elas. Ao nos deslocarmos na direção das sociedades, maior será o grau de estabilidade do vínculo e da colaboração.

Representando graficamente essa classificação:



2.3 Quanto ao grau de posituação: contratos típicos, atípicos e socialmente típicos

Na busca da satisfação jurídica de suas necessidades econômicas, as empresas *contratam* com fornecedores, bancos, consumidores, empregados, distribuidores, representantes comerciais, prestadores de serviço, consultores, advogados etc. O desenvolvimento da atividade mercantil exige que a empresa, ao mesmo tempo, organize suas relações internas e abra-se para o mercado, volte-se para outros agentes econômicos, com eles estabelecendo vínculos jurídicos, emaranhando-se em direitos e obrigações dos mais variados tipos.

Não é possível alcançar o lucro sem celebrar contratos. Não há atividade empresarial sem contratação.

Alguns desses negócios são *expressamente previstos e disciplinados por textos normativos*. É o que acontece, por exemplo, com os contratos de compra e venda, locação, mandato, comodato, depósito e tantos outros. São os contratos “típicos”.

Em quase sua totalidade, não foram “inventados” por algum legislador. Por vezes, de tão antigos, perde-se de vista o momento em que passaram a ser previstos em textos normativos – como é o caso da compra e venda. Em outros, um negócio vai se espalhando pelo mercado e, em decorrência de decisão

política, acaba regulamentado. Foi o que ocorreu com a representação comercial no Brasil que, após alcançar larga difusão, foi capitulada em lei no ano de 1965.

Há, também, contratos que, embora não ditos pela lei, devem ser considerados “socialmente típicos”,⁸ pois consolidados pela reiterada prática dos comerciantes e reconhecidos pelos operadores econômicos, pela doutrina e pela jurisprudência como “tipo contratual”. *O contrato é socialmente típico porque o tráfico jurídico assim o considera.* Trata-se de mecanismo bastante flexível na configuração dos tipos e que se reflete a partir da consciência social que, por sua vez, é historicamente determinada.⁹ Afirmou-se, com muita propriedade, que o corpo de normas jurídicas consuetudinárias relacionado a esses negócios *enriquece* o Direito.¹⁰

A doutrina aponta três requisitos para que um contrato possa ser considerado socialmente típico.¹¹ São “elementos justificativos da relevância social” que comprovam ser, aquele negócio específico, economicamente importante para determinado grupo de agentes: [i] reconhecimento de sua função econômico-social; [ii] difusão e relevo da prática na sociedade e [iii] recepção do negócio pela ordem jurídica.¹²

8. Parte da doutrina prefere designar os contratos socialmente típicos de “atípicos”. Parece melhor reservar o termo *atípico* para o pacto que foge tanto à disciplina legal expressa quanto à tipificação social. É o caso, por exemplo, da avença que, embora celebrada em determinada situação concreta, não se espalha pelo mercado e não é socialmente reconhecido como um “tipo”.

9. BETTI assim coloca a questão: “Ma qui, almeno in diritto moderno, al posto della rigida tipicità legislativa imperniata sopra un numero chiuso di denominazione [...] subentra [...] un'altra tipicità, che adempie pur sempre il compito di limitare e indirizzare l'autonomia privata, ma che [...] è assai più elastica nella configurazione dei tipi, e che si opera mediante rinvio alle valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale storicamente determinata: onde si è proposto di chiamarla *tipicità sociale*. [EMILIO BETTI, *Teoria general del negozio giuridico*, 323].

10. Explica PONTES DE MIRANDA: “Os negócios jurídicos entram em certas classes, mais ou menos rígidas, que são os *tipos* de negócios jurídicos. Se a prática – a vida, em sua explicitação de exigências econômicas, sociais ou jurídicas – cria *tipos* novos, esses *tipos* novos são criações do direito consuetudinário; de modo que à base dêles estão regras jurídicas novas, que enriquecem o direito objetivo” [*Tratado de direito privado*, t. 3, 63].

11. O Código Civil de 2002, ratificando tradição há muito solidificada entre nós, estabelece ser “lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais” nele fixadas. Esses contratos atípicos, referidos no art. 425, referem-se tanto aos contratos chamados pela doutrina de “socialmente típicos” quanto aos completamente atípicos.

12. Cf. MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, 168 e ss.

Os exemplos de contratos socialmente típicos são hoje abundantes. Em alguns casos, após algum tempo, transformam-se em legalmente típicos, passando a ser previstos em textos normativos.

Ao redor dos anos 80, os comercialistas brasileiros noticiavam a existência de alguns “novos” contratos, que se haviam difundido na prática dos agentes econômicos. Era o caso da franquia, do contrato de distribuição, do *factoring* etc. Há tantos outros que se tornaram comuns, como fornecimento, “built to suit”, produção sob regime de encomenda [“outsourcing”], terceirização de serviços, “project finance” etc.

Por fim, há os contratos *verdadeiramente atípicos*, talhados à medida para determinada operação econômica, cuja prática não é disseminada no mercado. Os advogados, muitas vezes, enfrentam dificuldades para nomear o instrumento, de tão pouco usual que é a avença; acabam ladeando-o a alguma denominação típica, ao qual acrescentam a expressão “e outras avenças”. Encontramos “contratos de locação e outras avenças”, “contratos de compra e venda e outras avenças” que muito se afastam da tipificação legal.

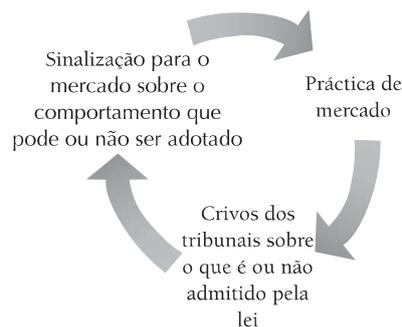
2.3.1 A criação dos contratos socialmente típicos pela prática de mercado

Como será explicado no capítulo referente aos vetores dos contratos empresariais, os usos e costumes são uma das mais importantes ferramentas de que dispõe o direito comercial para manter-se vivo e atualizado. A doutrina tradicional há muito destaca sua força criadora, capaz de gerar *regras* a serem obrigatoriamente seguidas pelos agentes econômicos.¹³

Hoje, a principal função sistêmica dos usos e costumes [i.e., da prática de mercado] é a criação não de regras isoladas, mas de *tipos contratuais*. É a *dinâmica da gênese dos contratos que merece atenção*. A tendência é que os negócios sejam “inventados” por alguns agentes econômicos e seus advogados, muitas vezes a partir de um contrato típico, passando a ser copiados por outros. As práticas das empresas, a reação dos Tribunais a esses comportamentos e a interpretação que os juízes dão aos mesmos textos normativos trazem como resultado a *formatação da ordem jurídica do mercado*. Os negócios surgem da atuação livre dos comerciantes *condicionada* pelas características do ambiente em que desempenham seus negócios, pelos textos normativos e pelas decisões dos tribunais. Ao contrário do que advogam muitos, o direito comercial, as regras que disciplinam a atividade empresarial, não são fruto de uma “geração

13. Nessa linha, no passado, tentou-se a compilação de regras decorrentes do uso pelas Juntas Comerciais. São os famosos “assentamentos”, de inegável interesse histórico. Que se tenha notícia, no Estado de São Paulo, o último desses registros foi realizado em 1966, versando sobre o comércio de café.

espontânea”. A liberdade de iniciativa socorre aos agentes econômicos nos limites da licitude e seus comportamentos, ainda que potencialmente, estão sujeitos ao crivo dos Tribunais. As cortes, por sua vez, sinalizam para o mercado o que será ou não admitido, fechando o ciclo da criação dos contratos socialmente típicos:



A prática mercantil sempre deu lugar a inúmeros *modelos de negócio* que, ao se mostrarem eficientes, acabam espalhados pelo mercado. Brotando da praxe, sofrem certa “seleção natural”: as práticas mais adequadas ao tráfico impõem-se sobre aquelas menos aptas à resolução de problemas. Ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de conduta mais adaptados ao funcionamento do mercado e ao ordenamento jurídico estatal, depurados pela jurisprudência.

2.3.2 Cláusulas socialmente típicas

Ainda que a doutrina não lhes dedique muita atenção, há cláusulas [i.e., estipulações contratuais] “socialmente típicas”, tamanha sua utilização pelos agentes econômicos nos mais variados tipos de contratos. São dispositivos que acabam apostos a vários tipos de negócios jurídicos empresariais, repetindo-se. Como exemplo, em contratos societários, as cláusulas de “drag along”, “tag along” e, nos contratos em geral, de outorga de preferência em compras e vendas, sigilo, exclusividade e tantas outras.

São *cláusulas socialmente típicas* porque dessa maneira são identificadas pelos agentes econômicos. Não há advogado de direito empresarial que desconheça seu conteúdo, a função econômica que delas é esperada, bem como os efeitos jurídicos trazidas à luz a partir de tais disposições contratuais.

2.4 Quanto à abrangência do objeto: contratos-quadro e contratos satélite

Os negócios de maior complexidade costumam desdobrar-se em vários contratos, interligados entre si por sua identidade de causa ou, como querem alguns, por integrarem a mesma *operação econômica*.

As partes optam pela celebração de contrato mais abrangente, designado *contrato-quadro ou acordo guarda-chuva* [“umbrella agreement”, na tradição anglo-saxã, “framework agreement”, na *civil law*], destinado a formatar o negócio em linhas gerais, contendo a previsão da celebração, futura ou concomitante, de vários outros contratos com objetos mais específicos [contratos satélite]. Na definição de STEFANOS MOUZAS, os contratos-quadro podem ser entendidos como “acordos privados que fornecem um quadro de cláusulas para regular contratos futuros”.

A partir dessa perspectiva, a expressão “contrato-quadro” assume significados diversos em várias jurisdições.

A doutrina francesa costuma valer-se da figura para explicar a realidade econômica e jurídica do contrato de distribuição e para superar grande dificuldade prática a ser enfrentada por conta do Código de Napoleão, que determina ser o preço elemento essencial das compras e vendas. Como admitir a vinculação das partes à avença, na ausência de acordo sobre o preço a ser praticados nas futuras operações? A solução foi encontrada a partir da consideração do contrato de distribuição como contrato-quadro, em que o preço não figura como elemento essencial. Este apenas seria exigível para os contratos de compra e venda que vão tendo lugar ao longo do tempo.

Os contratos-quadro visam a proporcionar maior grau de segurança para as partes em face do desenvolvimento de operações futuras. Afastando-se de um “congelamento” da relação, procura-se gerir o risco representado pela ausência de vínculo contratual. A confiança assume papel primordial; o contrato origina *moldura* dentro da qual se desenrolam as ligações futuras, capaz de adaptar o liame aos tempos vindouros e salvaguardar a estabilidade da relação. O contrato completa-se por outras avenças que passarão a integrá-lo [contratos de aplicação].¹⁴⁻¹⁵

Os italianos absorveram o debate sobre os contratos-quadro no âmbito dos *contratos normativos*,¹⁶ que se caracterizam “pela circunstância de estabelecer as cláusulas com as quais deverão [ou não deverão] ser concluídos determinados contratos futuros, desde que, e quando, cada parte decida concluí-los”.¹⁷ O modelo contratual associado ao contrato-quadro emparelha-se aos contratos de coordenação, visando a “preordenar e organizar o desenvolvimento de uma

14. Cf. JEAN GATSI, *Le contrat-cadre*, 3.

15. V. SAYAG, *Le contrat-cadre, la distribution*, 439 e ss. Ainda sobre a distribuição como *contrat-cadre*, v. YVES GUYON, *Droit des affaires*, 881.

16. Sobre o tema, v. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 36 e ss.

17. TULLIO ASCARELLI, O contrato plurilateral, 322.

continuidade de relações futuras, cuja constituição é obrigatória, pelo menos por uma das partes, segundo um esquema predisposto”.¹⁸

Na Inglaterra, o *umbrella agreement* é visto como entremeio: de um lado, a situação em que as partes ainda não contrataram e, de outro, aquela em que se encontram após a contratação. Costumam tratar de princípios que regerão negócios futuros. A função do contrato-quadro é “fornecer as cláusulas que poderão ser futuramente usadas em determinado conjunto de operações”.¹⁹

O contrato-quadro é uma realidade nos negócios empresariais, assumindo infinitas formas. Seu vetor principal repousa na disciplina geral da operação econômica, que se abrirá em outras avenças.

Existem duas principais categorias de contratos-quadro:

- [i] aqueles que visam a *organizar* a operação econômica como um todo, com contratos satélite celebrados *concomitantemente*; e
- [ii] aqueles que ditam as regras e os princípios que deverão imperar em contratos, que serão *futuramente* celebrados.

A partir daí, levantam-se duas importantes observações sobre os contratos-quadro:

A primeira é que o “umbrella agreement”, quando assume caráter de contrato prévio em face dos *contratos de aplicação*,²⁰⁻²¹ pode encerrar problemas ligados à *execução específica dos pré-contratos*.

18. MARIA RAQUEL DE ALMEIDA GRAÇA SILVA GUIMARÃES, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento eletrônicos*, 40, ao transcrever e comentar a doutrina peninsular.

19. No original: “to supply clauses that can be used in a defined set of transactions” [STEFANOS MOUZAS and KEITH BLOIS, *Relational contract theory: confirmations and contradictions*].

20. Em 1989, a *Corte di Cassazione* italiana declarou pela primeira vez que o contrato de distribuição é um *contrato-quadro*, que dá ensejo à celebração de outras avenças posteriores. Trata-se de negócio *juridicamente atípico, mas socialmente típico*: “Ed invero, di fronte alla delineazione di una figura negoziale socialmente tipica, caratterizzata dall’impegno del produttore di vendere al distributore i propri prodotti che il secondo si obbliga ad acquistare dal primo, si contrappone, sia pure nell’unità del contratto di concessione di vendita rispecchiante l’unità dell’operazione economica sottostante, la previsione che, di fatto, alla clausola di esclusiva non consegua necessariamente l’obbligo dell’una o dell’altra parte di vendere o di acquistare; situazione alla quale può accedere la diversa qualificazione dei contratti di distribuzione come contratti quadro in forza dei quali un operatore economico assume, verso contropartita consistente nelle opportunità di guadagno che si legano alla commercializzazione delle merci contrattuali, l’obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte; obbligo il cui adempimento postula la stipulazione di singoli contratti per l’acquisto, a condizioni predeterminate, dei prodotti da rivendere” [decisão proferida em 12 de abril de 1989].

21. JEAN GATSI, *Le contrat-cadre*, 296.

Em nosso sistema, a efetivação das cláusulas do contrato-quadro deverá passar pelos percalços característicos da execução dos acordos preliminares. Ou seja, conforme antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos vinculantes dos pré-contratos²²⁻²³ e considerando que o juiz não

-
22. V., a esse respeito, a monografia de FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade* e WALDÍRIO BULGARELLI, “Obrigação de contratar por decisão judicial”. BARBOSA MOREIRA, em clássica lição, afirma que “[o] primeiro pressuposto da obtenção de sentença que produza o mesmo efeito do contrato não concluído acha-se expresso nas palavras ‘sendo isso possível’. A possibilidade ou impossibilidade tem de ser apreciada caso a caso, pelo órgão judicial. Ainda não se encontrou fórmula genérica que englobe todas as hipóteses de impossibilidade; esta pode originar-se de variadas circunstâncias [...]. Tratando-se de obrigação fundada em contrato preliminar, é indispensável, para acolher-se a pretensão do credor, que aquele negócio jurídico contenha todos os elementos do definitivo: ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio de sentença, a declaração de vontade, que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo. Em outras palavras, a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou conteúdo do contrato que deveria concluir, o que pode faltar, e que ela torna supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor” [*O novo processo civil brasileiro*, 211]. A jurisprudência de nossos Tribunais corrobora o entendimento da doutrina, isto é, a execução específica de obrigação de emitir declaração de vontade só é possível caso o contrato preliminar não esteja sujeito a nenhuma condição e tenha o mesmo conteúdo do contrato definitivo, cuja vontade da parte supostamente inadimplente se pretende suprir. Como exemplo, vejamos os seguintes arestos: “O art. 639 do Código de Processo Civil pressupõe a existência de contrato preliminar que contenha o mesmo conteúdo que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar” [Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 88.716, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES, julgado em 11 de setembro de 1.979 e publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 92:250]; “Se o contrato preliminar contém todos os elementos necessários para que se converta em definitivo, é possível a aplicação do art. 639 do Código de Processo Civil” [Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 1.756, relatado pelo Desembargador TROIANO NETTO e publicado no *DJPR* de 18 de agosto de 1.988]; “[...] quando se trata de execução específica do art. 639 do CPC, uma das condições para que a sentença substitua a vontade da parte recalcitrante é que o pré-contrato reúna todos os requisitos que são necessários ao contrato definitivo, o que por sinal está no próprio texto constitucional [...]” [Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatado pelo Desembargador BADA CURI e julgado em 3 de outubro de 1989, publicado na *Revista dos Tribunais* 672:176]. Obs: O Artigo 639 estava revogado pela Lei 11.232/2005. Não possui equivalentes no CPC 2015.
23. Dispõe o art. 462 do Código Civil: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

podem negociar pela parte, o contrato-quadro apenas terá execução específica quando encerrar o acordo sobre todos os *elementos essenciais* do negócio. Essa constatação traz preocupações de ordem prática e que deixam margem ampla à criação de problemas, na medida em que é *intrínseca* ao contrato-quadro certa indeterminação dos elementos essenciais dos contratos de execução.

Outro aspecto liga-se à *interpretação das operações* econômicas como um todo. O esquema global delineado e explicado no contrato-quadro auxilia a empreitada de interpretação, orientando a descoberta da função econômica dos instrumentos firmados e da ligação que guardam entre si, a superação de lacunas e a compreensão da avença considerada em sua totalidade.

2.5 Quanto ao grau de ligação: contratos coligados e contratos independentes

Alguns contratos existem por si, independentemente de outras avenças; outros assumem sentido se vistos dentro de um contexto composto por diversos pactos.

Por exemplo: a empresa A, sediada no estrangeiro, é detentora de patente para fabricação de determinado medicamento. A empresa B, brasileira, produz outras drogas em território nacional. Decidem que constituirão a sociedade SPE, com o propósito específico de iniciar a fabricação do remédio patenteado no Brasil. Ademais, celebram vários contratos específicos, como a licença de uso da patente da empresa A para a SPE, a constituição da SPE, seu acordo de acionistas, contrato de locação de fábrica de propriedade de B para a SPE, eventuais vendas da SPE para A ou B e vice-versa.

Esses contratos, ao mesmo tempo [i] são interdependentes, estreitamente relacionados e [ii] existem autonomamente. Não há nisso qualquer paradoxo. Respeitar a unicidade da operação econômica não significa derreter os contratos e desprezar a formatação jurídica do negócio. O intérprete não tem diante de si uma Pangeia, e sim uma estrutura jurídica escolhida pelas partes, à qual se deve curvar.

No Brasil, os contratos coligados são definidos como “contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um dele ou do conteúdo contratual [expresso ou implícito], encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca”.²⁴ Ou, como preferem outros, trata-se de “contratos estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexo funcional-eco-

24. FRANCISCO MARINO, *Contratos coligados*, 99.

nômico que implica consequências jurídicas”.²⁵ Na lição de ORLANDO GOMES: “Os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante”, devendo, por isso, ser aplicado “o conjunto de regras próprias do tipo a que se ajustam”.²⁶

O vínculo existente entre os contratos coligados pode derivar [i] de disposição legal [“ex lege”]; [ii] da natureza acessória de um contrato [“coligação natural”]; [iii] de cláusulas contratuais que liguem as avenças [“coligação voluntária expressa”] ou ser deduzido das circunstâncias e do contexto no qual se inserem os pactos [“coligação voluntária explícita”].²⁷ Ademais, “[h]á coligações contratuais com intensidade maior ou menor, conforme a sua aptidão para gerar consequências jurídicas”.

Uma das principais consequências de se considerar um grupo de contratos como coligados será sentida na *interpretação contratual*, pois o contexto em que se insere cada avença é afetado pela globalidade e dinâmica daquele conjunto de contratos.²⁸

A ponderação dos contratos como coligados mostra-se relevante no campo da arbitragem. Tem-se sustentado que, na ausência de cláusula arbitral e de eleição de foro, a coligação do contrato a outro expressamente remetido à arbitragem poderia embasar a sujeição do primeiro à jurisdição não estatal. Nessas hipóteses, surgiria a “extensão da cláusula arbitral”, que está sendo reconhecida por nossos Tribunais em casos bastante específicos.²⁹

2.6 Quanto ao grau de complexidade: contratos simples e contratos complexos

A doutrina tradicional considera que todos os contratos possuem o mesmo nível de complexidade—o que não é verdadeiro. Existem aqueles mais singelos e outros mais complexos.

Contudo, pontua FABIO GIL, “[a] própria noção de complexidade induz ao pleonasma, uma vez que a tarefa de explicar a complexidade é, efetivamente,

25. RODRIGO XAVIER LEONARDO, *Redes contratuais no mercado habitacional*, 129.

26. ORLANDO GOMES, *Contratos*, 112.

27. FRANCISCO MARINO, *Contratos coligados*, 100.

28. Essa discussão será retomada no Capítulo 6.

29. Apelação de n. 00021639020138260100 SP 0002163-90.2013.8.26.0100, com relatoria de GILBERTO DOS SANTOS, julgado em 3 de julho de 2.014 pelo TJSP.

complexa. Não por outra razão, o termo complexidade é frequentemente usado para descrever o fato de que algo é complicado”.³⁰

Os economistas vêm tentando, nos últimos tempos, identificar o que seria essa complexidade. É possível caracterizar um contrato como complexo quando “1] houver elevado grau de incertezas, ou elevado número de contingências, quanto a seu cumprimento ou fruição das utilidades nele [...] previstas; 2] houver dispersão ou variabilidade entre a magnitude das prestações e contraprestações na dinâmica ou fluxo de seu cumprimento [caso típico dos contratos cuja consecução do objeto contratual se desenvolva em ambiente de risco, ou aleatoriedade]; e 3] quando o entendimento do conteúdo contratual demande conhecimento amplo ou profundo”. Ademais, “contingências ou incertezas em relação ao cumprimento do contrato somente se fazem presentes em contratos que não sejam instantâneos, ou seja, em contratos em que medeie certo período, maior ou menor, entre sua formação e cumprimento substancial”.³¹

Embora seja útil a tentativa doutrinária de definição do que seriam os contratos “complexos”, ainda se está longe de sua delimitação mais acurada e das consequências jurídicas que daí advirão.³² Todavia, é indisputável que quanto maior a complexidade do contrato, maiores as cautelas que as partes tomarão quando de sua celebração, até mesmo porque valerá a pena arcar com maiores custos para diminuir as contingências futuras.

Por exemplo, a energia que uma fabricante de automóveis despenderá para comprar lápis e canetas a serem utilizadas em seus escritórios será bem inferior aos esforços e recursos demandados na contratação da construtora que edificará sua nova fábrica em Manaus. Na atividade empresarial, essa *calibração* dos recursos direcionados às contratações, conforme seu grau de complexidade, mostra-se racional.

30. FABIO GIL, em sua tese de doutoramento intitulada *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2007, p. 29.

31. FABIO GIL, *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*, p. 31 e ss.

32. O texto seminal sobre contratos complexos é normalmente identificado como sendo de autoria de ERIC POSNER, KAREN EGGLESTON e RICHARD ZECKHAUSER, “The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters” e disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2763&context=journal_articles]. V. de KAREN EGGLESTON, *Simplicity and complexity in contracts*. No Brasil, além da obra de FABIO GIL, já referida, v. a tese de doutoramento de LIE UEMA DO CARMO, *Contratos de construção de grandes obras*, defendida em 2012 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, especialmente p. 195 e ss.

A complexidade dos contratos pode variar conforme os seguintes fatores, todos interligados:

- [i] duração da relação;
- [ii] iteração da contratação;
- [iii] valores das prestações e contraprestações;
- [iv] grau de ingerência de uma parte das prestações devidas pela outra;
- [v] magnitude dos prejuízos decorrentes do eventual insucesso da operação; e
- [vi] quantidade de pessoas envolvidas na execução do contrato.

Vários são os indutores da simplicidade ou da complexidade contratual, tais como ambiente institucional, características da transação, expectativa sobre êxito em eventual renegociação e preenchimento de lacunas [“agreeing to agree”], grau de assimetria informacional entre as partes, dificuldade ou facilidade de monitoramento do comportamento da outra parte, presença de confiança, boa ou má reputação da contraparte, custos que decorreriam de eventual litígio, relação contratual pretérita etc.

Regra geral, quanto mais complexos os contratos, maior o grau de atenção e de recursos que os agentes econômicos estão dispostos a investir em sua concreção e monitoramento. Para o Direito, o grau de complexidade do negócio pode interessar na medida em que influencia a aferição do padrão esperado de comportamento do comerciante ativo e probo, além de desenhar o molde da expectativa digna de tutela jurídica.

2.7 Quanto ao grau de completude do regramento: contratos completos e incompletos. Existem contratos completos?

Contratos simples, destinados a se exaurir no momento da prestação principal, nascem e morrem quase que de imediato. Por exemplo, no modelo clássico de compra e venda, o vínculo esvai-se com o intercâmbio [i.e., pago o preço e havida a tradição]. As obrigações surgem quase todas no momento da celebração do negócio, ainda que se destinem ao cumprimento posterior. Nos contratos complexos, tende-se à produção de obrigações posteriores à ligação inicial, até mesmo porque o negócio, para continuar a existir, exige adaptações e complementações.

Acostumamo-nos a pensar os negócios como se tudo ou quase tudo pudesse ser previsto no momento de sua assinatura. Neste contexto ideal, aquilo que faltaria seria completado pela lei e, no máximo, pelos usos e costumes comerciais. Sabemos que essa situação é utópica. Contratos são, por natureza,

incompletos e maior sua complexidade, mais as lacunas far-se-ão sentir. Existe uma “necessária incompletude em qualquer relação de cooperação entre dois ou mais sujeitos”.³³ Ou “[m]any contracts are vague or silent on a number of key features”.³⁴ Na súmula de WILLIAMSON: “*All complex contracts are unavoidably incomplete. For this reason, parties will be confronted with the need to adapt to unanticipated disturbances that arise by reason of gaps, errors and omissions in the original contract*”.

Os economistas, nas últimas décadas, chamaram a atenção para o fenômeno dos contratos incompletos e os desafios que apresentam. *Não se consegue e não se quer prever tudo nos instrumentos contratuais*. Isso é explicado a partir de três aspectos dos custos de transação:³⁵

[i] existência de contingências imprevistas [*unforeseen contingencies*], pois as partes não podem definir *ex ante* todas as vicissitudes futuras, incluindo o comportamento inesperado do parceiro;

[ii] custo da redação de contratos [*cost of writing contracts*], pois, ainda que todas as contingências fossem previsíveis, mostrar-se-ia excessivamente custoso descrevê-las e prevê-las no contrato;

[iii] custo de execução do contrato [*cost of enforcing contracts*], pois, diante de contingências e comportamentos imprevistos, não é fácil aos julgadores compreender o que foi avençado e dar-lhe concreção.

Do ponto de vista jurídico, o reconhecimento de que os contratos são incompletos força a reflexão sobre:

[i] existência de inúmeras lacunas que permeiam a avença entre empresas. As lacunas não são necessariamente um “defeito” dos contratos, como prega a dogmática tradicional, mas uma característica própria dos contratos complexos;

[ii] regras ou princípios gerais aplicáveis caso não haja previsão expressa em sentido contrário pelas partes [normas dispositivas ou *default rules* para os norte-americanos]; e

[iii] tratamento que o direito deve dispensar a essas lacunas, encontrando soluções que não aviltem vetores fundamentais de funcionamento do

33. A ideia de incompletude do contrato pode não traduzir propriamente uma *categoria* de negócios, mas lhes apontar uma *característica*, pois, de certa forma, todos os contratos são potencialmente incompletos.

34. JEAN TIROLE, “Incomplete contracts: where do we stand?”, 741.

35. O resumo é de JEAN TIROLE, “Incomplete contracts: where do we stand?”, 743.

sistema, como o *pacta sunt servanda* e a *liberdade de contratar*. Até que ponto as lacunas devem ser supridas inexistindo acordo entre as partes sobre o caminho a seguir?

2.8 Quanto ao interesse principal da parte no contrato: contratos de prestação e contratos de relação [ou contratos relacionais]

Muitas vezes, os contratos voltam-se ao estabelecimento de *relações* entre os agentes econômicos e não apenas ao oferecimento de prestações.

Com base nessa premissa, e voltando-se contra o caráter estático da doutrina tradicional, MACNEIL encetou nova e bastante difundida distinção entre “discrete exchanges” e “relational contracts”. Sua intenção, ao estabelecer essa diferenciação, foi chamar a atenção dos juristas para que, em alguns contratos, importa mais a *relação* que se estabelece entre as partes do que as trocas em si.

São apontadas as seguintes características dos contratos relacionais, em oposição aos contratos de execução imediata:

[i] tendem a se estender no tempo;

[ii] em virtude de sua longa duração, neles busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato visa a disciplinar, além das trocas em si, o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. É normal que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas;

[iii] há certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma parte [e do negócio] reverterá em benefício da outra [i.e., de todas elas].³⁶

36. Vale a transcrição do resumo talhado por RICHARD E. SPEIDEL: “Most commentators agree that relational contracts have at least three distinguishing characteristics. First, the exchange relationship extends over time. It is not a ‘spot’ market deal. Rather, it is more like a long-term supply contract, a franchise or distribution arrangement, or a marriage. Second, because of the extended duration, parts of the exchange cannot be easily measured or precisely defined at the time of contracting. This dictates a planning strategy that favors open terms, reserves discretion in performance to one or both parties, and incorporates dispute resolution procedures, such as mediation or arbitration into the contract. The inability of the parties to ‘presentiate’ the terms of the bargain at the time of contracting shifts the focus to circumstances and conduct that occur ex post contract. Third in the words of Lewis Kornhauser in a relational contract the ‘interdependence of the parties to the exchange extends at any given

Os contratos relacionais contrapõem-se aos contratos denominados “descontínuos” [*discrete contracts, discrete exchanges*].³⁷ Valendo-nos do exemplo de MACNEIL,³⁸ pensemos no motorista que abastece seu automóvel em um posto ao longo da estrada que percorre. A compra e venda é instantânea e não há maiores complexidades envolvidas na operação. Por sua vez, os negócios relacionais tendem a se estender no tempo, dando lugar a relações de longa duração. A *confiança* é-lhes elemento fundamental.

Os contratos relacionais podem encerrar rede de agentes econômicos, como nas redes de distribuição, aumentando o grau de complexidade da teia de deveres e direitos contratuais.

Muitas vezes, há a troca de valores que não são facilmente suscetíveis de avaliação pecuniária. Enquanto nos contratos descontínuos os vínculos costumam ser breves, naqueles relacionais são levados em consideração outros elementos além de preço, qualidade e quantidade: *desempenho da outra parte, planejamento futuro* etc. Por isso, PORTO MACEDO enuncia que “os termos contratuais passam a definir menos as regras para o fornecimento do produto ou do serviço, e mais as regras processuais que pela própria regulação sobre o fornecimento são definidas. [...] [O]s contratos relacionais dependem inteiramente de cooperação futura, não apenas para o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo de atividades substantivas da relação”.³⁹

Mesmo nos Estados Unidos, a teoria dos contratos relacionais ainda não foi incorporada pelos Tribunais e encontra resistência. Por exemplo, MELVIN EISENBERG lembra que os contratos relacionais não são uma categoria específica de contratos porque todos os contratos são relacionais⁴⁰ e que as “novas” regras que estão sendo propostas pela doutrina especializada para dar tratamento jurídico adequado aos contratos relacionais orientam-se pelos seguintes parâmetros:⁴¹

moment beyond the single discrete transaction to a range of social interrelationships'. For example, a complex, cooperative relationship between the parties may expand over time to others who support or rely on the exchange relationship” [The characteristics and challenges of relational contracts].

37. Ou seja, contratos que implicam transações de curta duração, envolvendo limitada interação pessoal, tendo por objeto a troca de elementos de fácil valoração pecuniária [cf. PAUL GUEDEL, *Relational contract theory and the concept of exchange*].

38. Cf. RONALDO PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 155.

39. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 163 e 166.

40. Why there is no law of relational contracts.

41. SPEIDEL adverte que, mesmo nos Estados Unidos, muito embora “there is a vast and varied literature on the subject, there is still disagreement among the theorists about

[i] tornar mais flexível ou mesmo superar o clássico esquema “oferta/aceitação” como base para a formação do contrato;

[ii] diminuir a intolerância a regras contratuais indefinidas, tais como “agreements to agree”, obrigações para a negociação conforme os princípios da boa-fé etc. [ou seja, reavaliação do tratamento de cláusulas gerais];

[iii] aumentar as possibilidades de alteração contratual em casos de modificação das circunstâncias, tais como “impossibility, impracticability, and frustration”, causas legítimas para o descumprimento do pacto;

[iv] atribuir maior eficácia a cláusulas do tipo “melhores esforços”;

[v] tratar os contratos relacionais como autênticas sociedades [“partnerships”], conquanto envolvam empresa comum;

[vi] conferir caráter unitário aos contratos relacionais;

[vii] impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé, praticar preços “equitativos” quando houver modificação do contexto contratual, e mesmo instituir a uma das partes o dever de aceitar essa mudança;

[viii] permitir aos Tribunais adaptar ou revisar as cláusulas contratuais, incluindo preços, dentro de um contexto em que as perdas de uma parte fossem compensadas pelo lucro obtido pela outra.

Em muitos aspectos, essa linha compromete os vetores de funcionamento do próprio mercado, quando tratamos de relações entre empresas, especialmente naquelas em que inexiste relação de dependência econômica. Obrigar o agente econômico àquilo que não contratou, em nome do seguimento da relação contratual, no mais das vezes, implica exagerada ingerência nos negócios privados, em benefício exclusivo da outra parte – e não da fluência das relações de mercado e do desenvolvimento econômico.

Ao mesmo tempo, a teorização sobre os contratos relacionais traz conceitos que hoje são revisitados e revitalizados por nossa doutrina e jurisprudência: motores específicos dos contratos de longa duração, confiança como base

how to distinguish a relational contract from other contracts and what modern contract law can or should do to respond to it. Moreover, even though courts regularly deal with contracts that have relational characteristics, the literature about relational contract theory has not trickled down to, much less influenced, the judicial decision process. The challenges in interpreting and enforcing truly relational contracts, therefore, are solved under ‘modern’ contract law or not at all” [The characteristics and challenges of relational contracts].

da relação contratual, motivação do negócio, boa-fé objetiva⁴² e, acima de tudo, a visão dos contratos empresariais como um processo. Essa discussão ilumina a *hermenêutica* das avenças e opera dentro dos limites impostos pelo sistema jurídico, i.e., pelas “premissas implícitas” do nosso ordenamento, na feliz expressão de ASCARELLI. Muitas das questões postas no quadro dos contratos relacionais são as mesmas que tanta atenção tem chamado dos nossos modernos doutrinadores: em que medida o contexto em que é celebrado o contrato deve ser tomado em conta para determinar as fronteiras da relação obrigacional estabelecida entre as partes? Normas não expressas no contrato podem ser vinculantes? Como tornar suscetíveis de avaliação pecuniária os mais variados tipos de “intangíveis”? Qual a pauta de conduta esperada de um agente econômico durante a relação contratual? Como coadunar juridicamente o oportunismo, o comportamento predatório, com a colaboração que se faz necessária para o sucesso do negócio?

A análise elaborada pela doutrina dos contratos relacionais é útil para nossa empreitada de dissecação dos contratos empresariais, porque põe em relevo dois de seus elementos fundamentais: [i] *a relação entre as partes* e [ii] *a força da boa-fé, da confiança*. Quanto ao primeiro ponto, pensar a ligação entre as partes, nos moldes doutrinários dos contratos relacionais, é essencial para dimensionar o ajuste e trazer à baila a importância da boa-fé objetiva, da confiança, da não frustração da legítima expectativa para garantir a estabilidade jurídica e o melhor desenvolvimento do contrato enquanto um processo.

2.9 Quanto ao tipo de negociação que lhes dá origem: contratos de adesão e contratos negociados

Quanto ao *tipo de negociação que lhes dá origem*, os contratos empresariais podem ser *de adesão* ou *negociados*. Essa classificação assume grande relevância nos negócios interempresariais por força do disposto nos arts. 423 e 424 do Código Civil.⁴³

42. IAN MACNEIL sustenta que “unconscionably, duress, good faith and best efforts” são conceitos ligados aos contratos relacionais [Relational contract: what we do and what we do not know]. RICHARD E. SPEIDEL, ao analisar o caso *Oglebay Norton Co. v. Armco, Inc.*, envolvendo contrato relacional, conclui que a chave para a resolução de controvérsias que se estabeleceram entre as partes seria revisitar o conceito de boa-fé [“The key to these challenges is a more comprehensive, sophisticated development of the duty of good faith”] [The characteristics and challenges of relational contracts].

43. Para visão atualizada sobre os contratos de adesão no Brasil, v. CRISTIANO DE SOUZA ZANETTI, *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*, 227 e ss.

No século XX, superando o pressuposto da igualdade contratual, reconheceu-se a existência de negócios bilaterais moldados na adesão de uma delas ao plano contratual estabelecido pela outra e não no processo de barganha entre as partes. A economia de massa catalisou a difusão dessa técnica de celebração de negócios, que mereceu especial atenção da teoria geral do direito privado no século XX.⁴⁴ Os estudos concentraram-se nos problemas que afligiam os consumidores, obrigados a aderir a “acordos” formatados pelos fornecedores. Autores chegaram a afirmar que, nessas hipóteses, não se estaria diante de verdadeiro contrato, pois lhe faltaria característica essencial: a vontade livre do aderente.

Embora os contratos de adesão interempresariais ainda não tenham recebido maior atenção por parte da doutrina, mostram-se comuns no dia a dia, empregados para viabilizar a formação das *redes contratuais*. Em teoria, é até possível que um integrante da rede consiga obter a estipulação de cláusulas específicas para a sua relação com o fornecedor. O mais constante, porém, é que haja certa *padronização*. O integrante da rede *adere* ao programa negocial da empresa líder, aceitando-o. Cada um dos contratos da rede será celebrado por adesão.

A utilização de contratos que são autênticos formulários não é novidade, sendo empregados no mercado de seguros há séculos. Muito menos significam um mal ou algo a ser evitado. Sem a padronização contratual, seria quase impossível organizar uma rede de distribuição uniforme aos olhos do distribuidor. Os contratos de adesão possuem ainda a inegável vantagem de diminuir os custos de transação. Como o ramo de seguros poderia ter se desenvolvido se, a cada contratação, devesse se debruçar sobre as cláusulas e condições do negócio específico?

2.10 Quanto ao grau de poder econômico das partes: contratos paritários e contratos em que há situação de dependência econômica

A partir do século XVIII, ao mesmo tempo em que se consolidava o liberalismo econômico, o *individualismo jurídico* ganhou força, difundindo a crença de que o agente econômico resta vinculado somente em decorrência de sua vontade. Se o egoísmo do indivíduo conduz ao bem-estar geral, como

44. Como salientou NELSON NERY JÚNIOR, o contrato de adesão “não é novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual [...]” [Da proteção contratual, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 290].

acreditava ADAM SMITH, deve ser-lhe assegurado o exercício livre de suas faculdades, deixando-o perseguir o objetivo [egoísta] do lucro sem entraves.

Do ponto de vista do Direito, essa visão se traduz, além do individualismo jurídico, no *voluntarismo*, atribuindo-se grande força jurídica à *vontade* do agente. Todos são iguais nos contratos e vinculam-se apenas na medida de sua vontade – que há sempre de ser respeitada pelo sistema jurídico.

Mais adiante no tempo, o Direito reconheceu que o mundo não funcionava dessa forma e que, em certas situações, assumir a paridade das partes era uma ficção sem sentido. Finca-se, no início do século XX, o direito do trabalho e, em sua segunda metade, o direito do consumidor. Esses subsistemas jurídicos partem da constatação de que, tanto o processo de vinculação do empregado ao empregador, quanto do consumidor ao fornecedor, não são presididos pela igualdade das partes. *Daí o necessário reconhecimento da hipossuficiência de uma delas.*

No direito comercial, salvo raríssimas exceções, não se pode reconhecer no empresário um *hipossuficiente*; o mercado capitalista não poderia funcionar dessa forma.

Todavia, há de se reconhecer que, em certas relações interempresariais, existe *dependência econômica* de uma parte em relação a outra. Essa supremacia implica a possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições contratuais a outro, que deve aceitá-las. Ou, no clássico pensamento de GUYON, “l’un des contractants est en mesure d’imposer ses conditions à l’autre, qui doit les accepter pour survivre”.⁴⁵ Em suma, são ajustes marcados por grande diferença de poder entre as empresas.

Daí a classificação entre contratos paritários e contratos de dependência. Trata-se de uma *questão de grau* e não de classificação peremptória, do tipo “ou isso ou aquilo”. A dependência econômica verifica-se com maior ou menor intensidade e pode inexistir, quando os contratos são paritários.

A concepção de contrato paritário liga-se a relações equilibradas, em que certa igualdade das empresas é fator determinante na organização e desenvolvimento das fases do negócio, desde o ajuste inicial, passando pela execução, criação intermediária de obrigações, até sua extinção. Embora a absoluta simetria seja rara, nos contratos paritários a dinâmica do processo de negociação e de execução contratual desenvolve-se sem a marcada preponderância dos interesses de um dos polos.

45. *Droit des affaires*, p. 971.

2.10.1 *Contratos aos quais a dependência econômica é inerente*

Há contratos que, por sua própria natureza, encerram relação de dependência, ou seja, para que o contrato possa desempenhar sua função econômica, uma parte deve conseguir impor a[s] outra[s] seu esquema de negócio.

Tome-se como exemplo o contrato de franquia. Espera-se que o consumidor enxergue todas as lojas integrantes da rede como partícipes de uma única empresa, com identidade de *layout*, de produtos e serviços oferecidos etc. O franqueado não pode aparelhar sua loja como bem entender, ou servir o sanduíche que quiser, ou mesmo comprar sua matéria-prima do fornecedor que preferir: deve adequar-se às regras determinadas pela franqueadora. Se assim não fosse, não se conseguiria o efeito uniforme e desfazer-se-ia o mote central da franquia.

Dependendo do modelo de negócio adotado, variará o grau de vinculação do comportamento da parte. Em certas hipóteses, vê-se total aderência a uma miríade de regras detalhadas, em outras é deixada maior liberdade à parte em situação de dependência.

2.10.2 *Contratos em que o grau de dependência econômica aumenta durante sua execução*

Nos contratos de colaboração, não é incomum exigir-se de uma ou de ambas as partes que realizem investimentos específicos voltados à celebração ou ao desenrolar do contrato. Esses dispêndios são chamados de custos ou investimentos idiossincráticos. Muitas vezes, mostra-se impossível ou muito difícil a recuperação desses recursos ao término da relação. São os investimentos/custos irrecuperáveis ou *sunk costs*. Nada impede que os *sunk costs* sejam ao mesmo tempo idiossincráticos, quando destinados especificamente a determinado negócio [i.e., custos irrecuperáveis incorridos para a execução de certo ajuste].

Custos idiossincráticos podem trazer o estado de dependência unilateral ou recíproca porque, regra geral, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as perdas decorrentes do aborto da operação. E ainda: quanto menor sua probabilidade de recuperação, maior o grau de dependência.⁴⁶

46. O parágrafo único do art. 473 do Código Civil destina-se a prevenir o abuso de dependência econômica e baseia-se nesse tipo de lógica, ao determinar que “[s]e [...], 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

Por exemplo, um fabricante de liquidificadores “X” impõe preços máximos que seus revendedores não exclusivos [multimarcas] podem praticar na cidade de Sorocaba. Esses distribuidores não se encontram em uma posição de dependência econômica; caso não pretendam sujeitar-se ao preço máximo de revenda, cessarão a comercialização daquele produto e continuarão suas atividades sem grandes prejuízos, com outras marcas. Na ausência dessa sujeição dos distribuidores, não se pode identificar a dependência econômica.

Tomemos agora um distribuidor exclusivo de sofisticado maquinário empregado na medicina, fabricado pela empresa estrangeira A. Para atender a todo mercado brasileiro, esse agente econômico realizou os investimentos necessários para montar sua rede de empregados e de representantes comerciais, grande estrutura de assistência técnica de alta especialização, suporte telefônico para hospitais, investimentos promocionais e tantos outros gastos. O fornecedor estrangeiro é comprado pela empresa B, também estrangeira, que antes atuava no mercado brasileiro, competindo com as máquinas A. Como possui sua própria rede de distribuição, B não tem qualquer interesse em manter ativo os antigos distribuidores de A. O novo controlador evita a mera denúncia do contrato, impondo série de restrições que estrangulam o antigo distribuidor de A.

Percebe-se, neste caso, que é o grau de subordinação do distribuidor ao fornecedor estrangeiro que gera a dependência econômica do primeiro em relação ao segundo. Contra, poder-se-ia argumentar que seria possível para o distribuidor incorporar-se a outra rede de maquinários médicos e não haveria sujeição. Por conta disso, para verificar a situação de dependência econômica, é importante analisar a eventual existência de *alternativas viáveis* ou *solução equivalente* para a parte. A opção, para ser considerada possível, não pode envolver prejuízos econômicos relevantes.

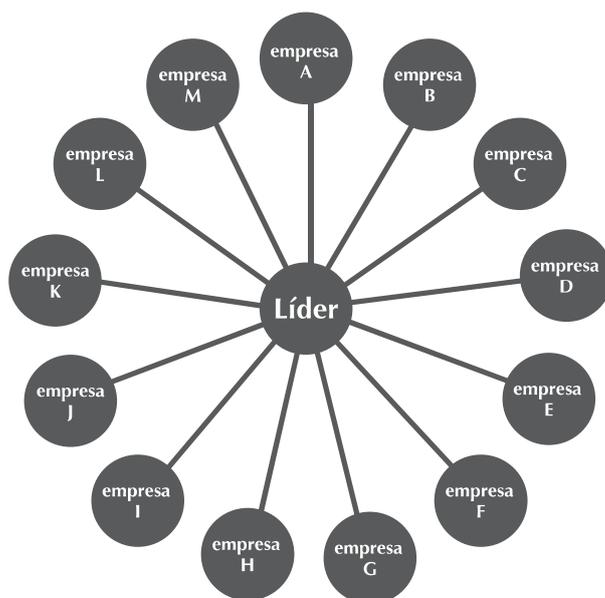
A solução está na acurada observação do caso concreto para identificar o grau de dependência econômica existente entre as partes.

2.11 Quanto à ligação a contratos celebrados entre terceiros: contratos isolados e contratos em rede

A concepção de *rede* está associada a um *conjunto de contratos* unidos por um escopo comum; o todo é divisível, visto ser possível destacar uma avença

prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Sobre o tema, v. PAULA A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, capítulo 13.

da outra, com execuções independentes. Muito embora existam redes sem a presença de líder, o modelo mais encontrado possui um eixo central:⁴⁷



A preocupação dogmática com os contratos em rede é recente e a doutrina caminha para delinear seus contornos. A rede contratual não é um “ente” jurídico, pois não há de ser considerado uma única empresa.⁴⁸ É uma união de contratos ou, no máximo, um “grupo econômico contratual”.⁴⁹

47. BEHAR-TOUCHAIS e VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, p. 462.

48. “From a legal perspective, however, there is no doubt that these forms of economic co-ordination between multiple parties must be understood as collections of bilateral contracts rather than business associations. In none of these examples have the parties created an independent legal entity, a juristic person, to which the parties owe duties of loyalty and which will be the repository of legal responsibility” [H. COLLINS, *Introduction to networks as connected contracts*, 11].

49. Nas palavras de HUGH COLLINS, “a contractual network consists of a number of independent firms that enter a pattern of interrelated contracts, which are designed to confer on the parties many of the benefits of co-ordination achieved through vertical integration in a single firm, without in fact ever creating a single integrated business entity such as a corporation or a partnership. This phenomenon is not vertical desintegration through which a large company outsources many of its activities to separate business, but its exact opposite: the creation of many of the features and dynamics of vertical integration through contracts, without ever relinquishing the independence of the business concerned” [*Introduction to networks as connected contracts*, 1].

Na rede, todos devem atuar coordenadamente e, mesmo se tratando de vários contratos autônomos e individuais, existe algo que os une e que requer que funcionem em harmonia.⁵⁰ Nessa espécie de negócio, os *integrantes da rede terão sua atividade empresarial integrada ao modelo comum*.

Podemos apontar as seguintes características das redes:

- trata-se de conjunto de vários contratos bilaterais, normalmente mantidos entre um líder e outras empresas, de forma que estas não mantêm relação contratual [formal, tradicional] entre si;
- há intensiva colaboração entre as partes, normalmente catalisada pelo líder da rede e por sistemas de governança previstos em cada um dos contratos individuais, como o compartilhamento *online* de informações e eventual monitoramento exercido pelos próprios membros da rede sobre as atividades dos outros integrantes;
- existe interdependência econômica entre os membros da rede;
- verifica-se o aprendizado global, ainda que os integrantes da rede não estejam conectados entre si por contratos bilaterais; a experiência de uns aproveita aos outros;
- há relação duradoura/estável e de longo prazo entre as partes dos contratos bilaterais;
- a eficiência econômica e o sucesso produtivo requerem intensiva cooperação e níveis elevados de confiança superiores às transações normais de mercado;
- todos os integrantes comungam um propósito comum de sucesso da atividade global, porque, no longo prazo, o valor de cada negócio será maximizado pelo sucesso da produção/operação como um todo;
- cada membro da rede tem personalidade jurídica autônoma; e
- os lucros são auferidos separada e individualmente; inexistente um ente global que os coleta e distribui.

O fenômeno das redes contratuais gera preocupações nas esferas do direito comercial e concorrencial. Até que ponto é lícita a discriminação entre os membros da rede pelo líder? O dever de boa-fé impõe o tratamento equânime entre todos seus participantes? Quais as obrigações do líder e de cada um dos participantes perante a rede? Com a difusão das redes, esse tipo de questionamento apresenta-se cada vez mais aos operadores do Direito.

50. LORENZETTI, Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros, 28.

