

PAULA A. FORGIONI

# CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

*Prefácio*  
NATALINO IRTI

3ª edição  
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™

*Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais*  
**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editorial:* Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

*Analistas Editoriais:* André Furtado de Oliveira e Karolina de Albuquerque Araújo

*Assistente Editorial:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena

*Produção Editorial*

*Coordenação*

**IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES**

*Líder Técnica de Qualidade Editorial:* 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, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patricia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thais Rodrigues Sampaio

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecília Andreo

*Estagiários:* Angélica Andrade, Beatriz Brandão Belo Bicker, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Adaptação da capa:* Brenno Stolagli Teixeira

*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**

*Analistas de Produção Gráfica:* Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

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

Forgioni, Paula A.

Contratos empresariais : teoria geral e aplicação / Paula A. Forgioni ; prefácio Natalino Irti. -- 3. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

Bibliografia.

ISBN 978-85-549-4774-3

1. Contratos - Brasil 2. Direito empresarial - Brasil I. Irti, Natalino. II. Título.

18-14919

CDU-347.74:338.93(81)

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

PAULA A. FORGIONI

# CONTRATOS EMPRESARIAIS

---

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

*Prefácio*  
NATALINO IRTI

3ª 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”.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Como se afirmou, “o mercado [...] é feito de contratos, os contratos nascem do e no mercado”.<sup>3</sup> Na dicção de ROPPO, “na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria a riqueza”.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup> “[A] centralidade do contrato e do mercado são fenômenos recentes”.<sup>7</sup> 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 económica do contrato* e MARCIA

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

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”.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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*.<sup>11</sup>

## 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.<sup>12</sup>

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, respeitadas os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.<sup>13</sup>

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”.<sup>14-15</sup>

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 *affare*, 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”.<sup>16</sup> 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”.<sup>17</sup>

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. *Diccionario juridico-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].<sup>18</sup> 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”.<sup>19</sup>

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”,<sup>20</sup> 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,<sup>21</sup> 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*.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

Outrora, *do ponto de vista subjetivo, a presença de uma única empresa [ou comerciante] na relação bastava para atribuir comercialidade ao contrato*,<sup>24</sup> *hoje essa qualificação*<sup>25</sup> *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 consumérista, 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*.<sup>26</sup> “[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”.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup>

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 negocial, 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”.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup>

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 esculpidos 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 [...]”.<sup>31</sup> Assim, a necessidade de distinção advinha das “diferenças no tratamento de certos contratos por ambos os códigos”<sup>32-33</sup> 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 character de solidariedade de todas as obrigações mercantis collectivas. 2.º o character 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*<sup>34</sup> [...], e não porque – *para os contractos em geral* – hajão, ou devão havèr, disposições excepcionaes no *Direito Commercial*. A prova está, em que são do *Direito Civil 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”.<sup>35</sup>

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”.<sup>36</sup>

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”.<sup>37</sup>

O problema é que a unificação do direito das obrigações trouxe consigo o descaso pela *teoria geral dos contratos mercantis*.<sup>38</sup> 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 Código de Commercio*, publicado em 1878, muito antes da promulgação do primeiro Código Civil brasileiro.

35. TEIXEIRA DE FREITAS, *Additamentos ao Código 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 VAMPRÉ 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.<sup>39</sup> 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”.<sup>40</sup> Até hoje, assinala SALVATORE MONTICELLI, os contratos empresariais não costumam ser reconhecidos como categoria autônoma<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> Sobre essa obra foi dito que “desafiou toda a doutrina privatista”, que, após a unificação, havia “sepultado os contratos comerciais”.<sup>43</sup>

39. Cf. GIORGIO OPPO, *Principi e problemi del diritto privato*, 204. Na Argentina, sustenta ETCHEVERRY que “[e]l contrato de empresa no existe como categoría típica contractual, pues en torno de la empresa se producen actos y contratos de organización, contratos internos y de explotación, contratos externos entre el empresario y outro empresario o entre el empresario y el consumidor. La organización empresaria 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 despregaram.<sup>44-45</sup>

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;<sup>46</sup> 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 quotidiano.

44. Como exemplo dessa postura que assume como “dato 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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”.<sup>49-50</sup>

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.<sup>51-52</sup>

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”.<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup>

## 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.<sup>55-56</sup>

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*.<sup>57</sup> Assim, “a sua razão de ser perante o direito civil não pode repousar sobre critérios lógicos, mas sobre critérios históricos”.<sup>58</sup> 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”.<sup>59</sup>

55. “[I] 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,<sup>60</sup> sigamos as lições de GOLDSCHMIDT<sup>61</sup> e admitamos que apenas por volta do século XII o direito mercantil solidificou-se como ramo autônomo.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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 um 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.<sup>64</sup>

Mas o funcionamento do mercado liberal gera disfunções [efeitos autodestrutíveis, “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.<sup>65</sup> 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 bronzas 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”.<sup>66</sup>

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”.<sup>67</sup>

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

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*,

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

Mas aos poucos se estabelece entre nós a concepção da “hipossuficiência” do trabalhador, na expressão que se acredita cunhada por CESARINO JÚNIOR.<sup>71</sup> 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].<sup>72</sup> A influência da obra de HAURIUO, com sua teoria das instituições, é marcante.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup>

---

7]. 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.<sup>75</sup> 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 regradar 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].