



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Esmeraldo Bezerra de Melo Junior

A EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Recife

2020

Esmeraldo Bezerra de Melo Junior

A EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Monografia apresentada como requisito necessário à aprovação na disciplina de TCC 3 do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Área: Direito Empresarial. Contratos.

Orientador: Prof. Dr. Humberto João Carneiro Filho

Recife

2020

RESUMO

Os contratos empresariais representam a tradução científico-jurídica da operação econômica e destinam-se à circulação de riquezas. Diante do Código Civil de 2002, procurou-se definir o que são os contratos empresariais e o processo de evolução da disciplina. A partir de uma abordagem dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica, em livros, artigos científicos e textos da internet, buscou-se o posicionamento da doutrina a respeito da evolução da teoria geral dos contratos empresariais, especialmente quanto ao conceito contemporâneo de contratos empresariais, a existência ou inexistência, momento histórico e desenvolvimento do conceito da teoria geral dos contratos empresariais. Verificou-se que a teoria do fato jurídico e do negócio jurídico satisfaz a dogmática do contrato como gênero e que a manifestação de vontade é o elemento essencial do suporte fático do contrato. Para compreender a espécie contrato empresarial, primeiramente, é necessário diferenciar a teoria dos atos de comércio e a teoria da empresa. A tentativa de unificação das obrigações de direito privado, realizada pelo Código Civil de 2002, implicou no questionamento sobre a existência dos contratos empresariais. O legislador de 2002 ignorou a distinção entre direito comum e direito especial. O Código de 2002 invadiu a estrutura especializada do direito comercial. Existe uma distinção entre contratos empresariais, civis e de consumo. Os fundamentos dos contratos empresariais são incompatíveis com o regime de socialidade e função social do Código Civil. Embora exista a necessidade de proteção coletiva, que deve estar na regulação dos contratos empresariais, a sua razão de ser é a troca com o objetivo de lucro. A diferença dos contratos civis para os empresariais reside nas características especiais destes últimos, embora a doutrina não tenha um consenso sobre quais seriam estas particularidades, exceto o escopo de lucro e o elemento subjetivo, presença do empresário em ambos os polos. Preocupada com a realidade, baseada na filosofia do utilitarismo, surge a disciplina da Análise Econômica do Direito (AED) com o objetivo de aplicar ao estudo do Direito os métodos e instrumentos típicos das ciências econômicas, principalmente da teoria microeconômica. A leitura dos contratos empresariais pela AED também é incompatível com a diretriz de socialidade e o princípio da função social. Tudo aponta pela necessidade do retorno do estudo do jurista ao papel da dogmática dos contratos empresariais.

Palavras-chave: Contrato empresarial. Fato Jurídico. Teoria da Empresa. Código Civil de 2002. Análise Econômica do Direito.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 4 |
| 1. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS..... | 6 |
| 1.1. A teoria dos fatos jurídicos e os negócios jurídicos..... | 6 |
| 1.2. Definição e aspectos históricos do contrato e a diferença de pacto, acordo e convenção..... | 10 |
| 1.3. Atos de comércio e teoria da empresa: comerciante e empresário..... | 17 |
| 1.4. Do dualismo ao trialismo contratual: contratos empresariais, contratos civis e contratos de consumo..... | 23 |
| 1.5. Definição dos contratos mercantis e o papel da vontade..... | 34 |
| 1.6. O direito dos contratos e a Análise Econômica do Direito..... | 41 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 55 |

INTRODUÇÃO

Os contratos empresariais são espécies do gênero contrato.

Embora os romanos não fossem dados às abstrações, observando-se a história do fenômeno contratual pela ótica atual, verifica-se que do direito romano ao direito contemporâneo, o contrato conservou seus elementos, quais sejam: capacidade e legitimação das partes; manifestação de vontade sem vícios; acordo de vontades dos contratantes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

De maneira bastante simplificada, pode-se dizer que os contratos empresariais são acordos de vontades, realizados por empresários, em ambos os polos da relação jurídica, em conformidade com a lei e que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir direitos de caráter patrimonial, objetivando o lucro. Representam a tradução científico-jurídica da operação econômica e destinam-se à circulação de riquezas.

Durante o transcurso histórico, observa-se que a nomenclatura adotada para o instituto jurídico, objeto deste trabalho, modificou-se ao longo do tempo.

Assim, não obstante a nomenclatura adotada, seja contratos comerciais, para a teoria dos atos de comércio, contratos empresariais, para a teoria da empresa, ou contratos mercantis, como um termo genérico que abranja as duas nomenclaturas anteriores. Essas três formas estão dentro do mesmo campo de significado e podem ser adotadas como sinônimos, embora a doutrina, apresentada neste trabalho, informe que, em sua construção científica, os termos diferem entre si.

Bem resumidamente, a teoria dos atos de comércio, ainda na vigência do Código Comercial de 1850, definiu os contratos comerciais como aqueles constantes em um rol determinado pelo legislador. Doutro lado, a teoria da empresa, adotada pelo Código Civil de 2002, considera contratos empresariais como aqueles realizados pelo empresário quando do exercício da atividade econômica organizada.

Sob o ponto de vista normativo, verifica-se que o Código Civil de 2002, tentou englobar, num único diploma legal, as obrigações de direito civil e as do direito empresarial, sob a justificativa da adoção da chamada teoria da empresa, em substituição à teoria dos atos de comércio.

Conseqüentemente, como será apresentado, a existência dos contratos empresariais passou a ser questionada por parte da doutrina jurídica.

Neste contexto, surgiram as perguntas origens deste trabalho: O que são os contratos empresariais? Eles ainda existem? Como a doutrina os define? O que levou ao questionamento sobre a existência deste tipo de contrato? Existe uma doutrina específica sobre os contratos empresariais? Como se desenvolveu a atual teoria dos contratos empresariais? Quais as perspectivas para este segmento do direito?

Assim, diante da importância da atividade econômica a ser regulada pelos contratos empresariais, que, notadamente, necessitam de segurança jurídica. E, com o objetivo de responder às perguntas acima, contribuindo com a ciência do direito, fora realizado este trabalho de conclusão de curso a partir do estudo de textos de livros, artigos científicos e textos sobre o tema.

A metodologia para alcançar os objetivos determinados partiu de uma abordagem dedutiva. Ou seja, a partir dos questionamentos acima apresentados, através da pesquisa bibliográfica, com base no referencial teórico adquirido, buscou-se o posicionamento da doutrina, elaborando-se, em seguida, as considerações finais. Ao longo do texto, entendemos por apresentar alguns comentários, fixando, desde já, o nosso posicionamento sobre o tema, resgatados ao final do trabalho.

Desta forma, o primeiro capítulo deste trabalho foi dedicado ao estudo da teoria dos fatos jurídicos e dos negócios jurídicos. O segundo capítulo serviu à definição dos contratos, ao estudo de alguns aspectos históricos, à diferenciação de contrato para pacto, acordo e convenção. O terceiro capítulo preocupou-se com a teoria dos atos de comércio e a teoria da empresa, definindo-se, especialmente, os conceitos de comerciante e empresário. O quarto capítulo foi destinado à diferenciação dos contratos empresariais dos contratos civis e dos contratos de consumo. O quinto capítulo debruçou-se sobre a definição dos contratos mercantis e a análise do papel da vontade no contrato. O sexto capítulo restringiu-se ao estudo da análise econômica do direito. E o último capítulo expressou as nossas considerações finais sobre o tema.

1. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Para definir a espécie “contrato interempresarial” é necessário definir o gênero “contrato”. Para entender o contrato, é preciso determinar o que são os “negócios jurídicos”. Para compreender os negócios jurídicos deve-se entender a “teoria dos fatos jurídicos”.

1.1. A teoria dos fatos jurídicos e os negócios jurídicos

Os fatos da vida não necessariamente são fatos jurídicos.

Segundo Miguel Reale (2010, p. 200) os romanos diziam que dos fatos nasce o direito, *ex facto oritur jus*. Para o autor, “(...) longe de se conformarem aos fatos, como ocorre com as leis físicas, as regras jurídicas se contrapõem aos fatos, quando assim o exige o bem comum. (...)”

Nesses termos, Pontes de Miranda, no prefácio à primeira edição do Tratado de Privado (t. 1, p. 13-15), ensina que os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de determinadas proposições, que se referem a situações cotidianas da vida, qualificadas juridicamente pelos interesses mais diversos da sociedade.

Para o autor, a grande função social do direito é dar valores a interesses e bens da vida, regulando-lhes a distribuição equitativa de justiça entre os homens, por meio da lei, que expressa a vontade dos representantes da sociedade.

Assim, o espírito da lei ou a vontade do legislador traduz-se em um sistema jurídico de regras que regulam as condutas humanas e esclarecem os suportes fáticos aos quais a lei há de incidir. Logo, cabe ao direito privado criar e regular as relações entre os indivíduos.

Portanto, o fato jurídico em sentido amplo é o fato juridicamente qualificado. É um evento que as normas jurídicas optaram por impor determinada consequência jurídica. É o acontecimento da vida que importa para o mundo do direito.

A construção germânica da teoria dos fatos jurídicos desembocou em diversas conceituações e classificações. (MELLO, 2014, p. 166-169).

Segundo a classificação que observa a natureza do fato, os fatos jurídicos agrupam-se em duas grandes categorias: os acontecimentos naturais e as ações humanas.

Acontecimento natural é todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, encontram-se apenas fatos da natureza, independentes de ato humano. São os chamados fatos jurídicos em sentido estrito. (MELLO, 2014, p. 185)

Estes acontecimentos naturais classificam-se em ordinários e extraordinários.

O fato jurídico *stricto sensu* ordinário é aquele que tem sua ocorrência inevitável e esperada. Por exemplo: a morte de uma pessoa em decorrência da idade avançada. É extraordinário, quando a ocorrência é evitável e inesperada. Exemplo: a destruição de uma propriedade por uma inundação.

Com relação às ações humanas, existem três categorias distintas:

1º) aquelas cuja vontade é irrelevante, chamadas de ato-fato jurídico;

2º) aquelas de efeitos jurídicos involuntários, os atos ilícitos;

3º) aquelas cujos efeitos jurídicos são voluntários, chamadas de atos jurídicos *lato sensu*.

Entendamos cada espécie de ação humana.

O suporte fático do ato-fato jurídico é uma situação de fato que somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana. Entretanto, a vontade, neste caso, é irrelevante para o direito. Por exemplo: a descoberta de um tesouro por aquele que está escavando para edificar. Neste caso, pouco importa para o direito se ao escavar o sujeito queria esta ou aquela consequência. O direito irá se ocupar somente da descoberta. (MELLO, 2014, p. 188)

Os atos ilícitos seriam aqueles nos quais a ilicitude, contrariedade ao direito, configurariam a sua substância. Estes atos não realizam os fins da ordem jurídica, pelo contrário, implicam na violação das normas. Como a ninguém é dado interferir na esfera jurídica alheia, sem o consentimento do titular do direito ou autorização do ordenamento jurídico, há um dever genérico absoluto, imposto a todos, de não causar danos aos outros. Por isto, existe a possibilidade do causador do dano sujeitar-se à reparação, seja na esfera cível, penal ou administrativa. (MELLO, 2014, p. 279-280)

O ato jurídico *lato sensu* prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto a busca por um resultado que seja juridicamente protegido, ou não proibido, e possível. Assim, são elementos do ato jurídico *lato sensu* a exteriorização da vontade, a consciência da vontade e a possibilidade de um resultado lícito e possível. (MELLO, 2014, p. 198)

Nestes termos, os atos jurídicos *lato sensu* subdividem-se em ato jurídico *stricto sensu* e negócios jurídicos.

O ato jurídico *stricto sensu* seria aquele em que a vontade individual do sujeito que pratica o ato não interfere na escolha do resultado jurídico, não interfere na categoria jurídica. A manifestação de vontade produz apenas os efeitos jurídicos necessários, produz apenas os efeitos decorrentes da norma jurídica, inalteráveis pela vontade das partes, invariáveis. Exemplo: o reconhecimento da filiação tem como consequência legal e necessária o dever de alimentos. Tal dever, quando o descendente é menor, não pode ser afastado pela vontade do genitor. (MELLO, 2014, p. 218-219)

Por sua vez, no negócio jurídico “(...) a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um. (...)” (MELLO, 2014, p. 218-219) Os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições ou termos, pactuando de formas diversas, dando o sentido próprio e específico que almejem. De forma resumida, a consequência do ato pode ser escolhida dentro de um feixe de opções predeterminadas pelo legislador ou, quando inexistir tal rol regulamentador das opções, a escolha pode se dar sobre infinitas possibilidades que não sejam proibidas pelas normas jurídicas.

Pontes de Miranda (2001, t. 3, p. 30) diz que a manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático do negócio jurídico. Esta vontade como elemento central do negócio jurídico está presente tanto no antecedente, que o negócio irá ser realizado, como no consequente, quais as consequências do negócio.

Para o autor (2001, t. 3, p. 29), o conceito de negócio jurídico “(...) surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. (...)”.

Assim, constata-se que os negócios jurídicos existem para satisfazer os interesses e carências do homem.

Neste sentido, há situações em que o homem sozinho pode satisfazer-se e situações outras em que somente é possível ao homem alcançar os interesses e

satisfações contando com a cooperação e a concordância de outro ou de outros sujeitos. Podendo-se falar, respectivamente, em negócios jurídicos unilaterais; bilaterais; e plurilaterais. (MELLO, 2014)

Segundo Pontes de Miranda (2001, t. 3, p. 168), “(...) a unilateralidade, bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico alude a ser uma só a manifestação de vontade, que é o elemento volitivo do negócio jurídico, ou serem duas ou mais. (...)”

Não sem importância, deve-se ressaltar que os efeitos que os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais produzem restringem-se, no geral, aos figurantes do negócio. A regra é a de que os negócios jurídicos não produzem efeitos contra terceiros, embora possam produzir efeitos favoráveis a estes, como, por exemplo, na estipulação em favor de terceiro. (MIRANDA, 2001, t. 3, p. 247)

Assim, os negócios jurídicos unilaterais se constituem de uma única manifestação de vontade que têm existência e eficácia autônoma. Exemplos: o testamento, a instituição de fundação e a renúncia ao direito de herança são atos nos quais não há a necessidade de manifestação de vontade de outrem para que existam no mundo jurídico.

Por sua vez, os negócios jurídicos bilaterais, para existirem, necessitam de duas manifestações de vontades diferentes, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre o mesmo objeto. Exemplo: o contrato, no qual deve haver concordância de vontades.

Nestes termos, numa acepção mais técnica, a bilateralidade diz respeito à composição subjetiva do suporte fático ao tempo do negócio jurídico. Ou seja, para alcançar o plano da existência, para existir, os negócios jurídicos bilaterais, os contratos, dependem de duas manifestações de vontades concordes. (MIRANDA, 2001, t. 3, p. 245)

Nestes termos, negócio bilateral é portanto bilateralmente criador de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Havendo prestação e contraprestação, obrigação do credor. Dever e contra dever, obrigação e contra obrigação, direito e contra direito, pretensão e contra pretensão.

Adotando-se um raciocínio hermético, se uma das obrigações não se produz nos contratos bilaterais, caso seja impossível, imoral, ou contrário às regras que torna nulo o negócio jurídico, não há como pensar-se na validade dele, ou na sua eficácia, para com a obrigação do outro. Significa dizer que, não se estabelece o

contrato de um só lado, os dois polos da relação jurídica devem desenvolver obrigações aceitas pelo ordenamento jurídico. (MIRANDA, t. 3, p. 250)

Ainda, os negócios jurídicos podem ser plurilaterais. Nestes, são necessárias as manifestações de vontade de mais de dois lados ou posições diferentes, não significando, todavia, que as manifestações são propriamente opostas. Exemplo: o contrato de constituição de sociedade. (MELLO, 2014)

Conforme visto, o elemento central da teoria dos fatos jurídicos e dos negócios jurídicos é a vontade.

Segundo Pontes de Miranda (1971, t. 38, p. 38-46) se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade. Ou seja, escolher, optar, é o que qualifica o homem como pessoa. O querer, que não ofende interesse de outrem, ou interesses gerais, é inerente a todo ser humano. Significa dizer a liberdade de fazer, de não fazer, de falar e de não falar, contratar ou não contratar são os arranjos da elasticidade da vontade. É o dito por Pontes princípio do auto-regramento da vontade, autonomia da vontade.

A autonomia da vontade é liberdade de conclusão e liberdade de determinação de conteúdo do negócio jurídico. Ninguém pode ser constrangido a concluir contrato. Isso é liberdade de conclusão. O consenso é essencial à conclusão do negócio jurídico. Portanto, a vinculação é o primeiro efeito do negócio jurídico que se concluiu. E, conforme visto, tal efeito, só pode ser atingido pela vontade. (MIRANDA, 1971, t. 38, p. 47)

1.2. Definição e aspectos históricos do contrato e a diferença de pacto, acordo e convenção

Realizando-se uma síntese do que fora visto, pode-se dizer que o contrato é um fato jurídico em sentido amplo, já que decorre de uma ação humana. É um ato jurídico em sentido amplo, uma vez que os efeitos jurídicos são voluntários. Busca um resultado juridicamente protegido, ou não proibido, e possível. Tem por elementos a exteriorização da vontade, a consciência da vontade e a possibilidade de um resultado lícito e possível. É um negócio jurídico, porque visa à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados

livremente à vontade das partes, havendo a possibilidade de se estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante conforme o elemento volitivo. E é um negócio jurídico bilateral, porque necessita de duas manifestações de vontades diferentes, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre o mesmo objeto.

Neste mesmo sentido, Pontes de Miranda, (2001, t. 3, p. 245) informa que:

Contrato é o negócio jurídico (ou o instrumento jurídico) que estabelece entre os figurantes, bilateralmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue. Os mais importantes são os do direito privado; porém há – os de direito público. (...)

Dentre os contratos, os mais frequentes são os de direito das obrigações. Por eles criam-se, modificam-se ou extinguem-se relações jurídicas de crédito. (MIRANDA, 2001, t. 3, p. 247)

Neste ponto, cabe a ressalva que Pontes de Miranda (2001, t. 3, p. 246-247) aponta a existência de contratos de direito público e de direito privado. Sem adentrarmos em profundidade no tema, os contratos de direito público seriam aqueles nos quais a potestade pública figura em um dos polos da relação jurídica com animo de império, a exemplo dos contratos administrativos em geral, com as suas cláusulas exorbitantes. Tal fato, possibilita inclusive o questionamento da existência de verdadeiro contrato, diante da redução de manifestação de vontade possibilitada ao particular.

Já os contratos de direito privado, ainda segundo Pontes, seriam: a) os de direito das coisas, acordo mais posse ou registro; b) os contratos de direito das obrigações, realizado pela vontade, objeto de estudo deste trabalho; c) os de direito de família que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas familiares, como o casamento e a adoção; d) os de direito das sucessões, não admitidos pelo sistema jurídico brasileiro, conforme leitura do artigo 426 do Código Civil.

Portanto, voltando ao nosso objeto, verifica-se que o “(...) negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação de efeitos próprios. (...)” (MIRANDA, 1971, t. 38, p. 6 e 7).

Ainda segundo o autor, o essencial é que cada um dos figurantes conheça a manifestação de vontade que o outro fez. Nestes termos, não basta a coincidência de manifestações de vontade, é necessário o acordo. Além disso, é preciso que se produzam em circunstâncias tais que entrem no mundo jurídico (existam) e tenham validade (valham).

Os elementos constantes do negócio jurídico bilateral, do contrato, é a oferta e a aceitação. a oferta diferencia-se da aceitação por ser a primeira manifestação de vontade, a que há de seguir a aceitação, para que se conclua o negócio jurídico bilateral. A função da oferta é suscitar a composição do negócio jurídico bilateral, enquanto a da aceitação é concluir o negócio. (MIRANDA, t. 38, p. 21 e 26-27)

Dito tudo isto, numa acepção muito mais simples, didática e atual, Caio Mário da Silva Pereira (2018) define o contrato como sendo um “acordo de vontades, na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

Designadamente, para Caio Mário, contrato é o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

O autor informa que um conceito menos técnico, com menor rigidez semântica, define que o contrato é toda espécie de negócio jurídico em que ocorre a participação da vontade plúrima.

Portanto, numa acepção geral, menos precisa, a noção de contrato passa a abarcar o casamento, no direito de família, abrange o contrato de direito público, nas atividades da administração pública, e toda espécie de convenção. Embora esta última expressão – convenção - melhor se aplique aos atos plurilaterais criadores, modificativos ou extintivos de obrigações preexistentes.

Tanto Caio Mário (2018) quanto Moreira Alves (2018) informam que a instituição do contrato surge no direito romano como um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto.

No contexto do direito romano, Moreira Alves (2018, p. 552) diferencia os pactos dos contratos.

Para o autor, os conceitos distinguem-se porque nos contratos o acordo de vontades se agrega a um elemento objetivo (causa), motivo determinante, gerando, por isso, *obligationes* (obrigações), e sendo sancionado por uma *actio* (ação). Ao passo que, no *pactum*, há apenas o acordo de vontades sem a causa, não decorrendo dele *obligationes* (obrigações), sendo sancionado somente por uma *exceptio* (exceção).

Moreira Alves (2018) aponta que sem a *actio* não haveria direito, já que, no mundo romano, o direito não era nada se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo. Contudo, ressalta que essa distinção, entre pacto e contrato,

ainda durante a época dos romanos, sofreu atenuações nos períodos clássico e pós-clássico como, por exemplo, a possibilidade do uso de *actio* na tutela dos pactos.

Importa observar que no período pré-clássico do direito romano, o contrato estaria ligado à observação estrita de um ritual, gerando obrigações que vinculavam as partes e proviam o credor da *actio*, ação material para proteção daquela situação jurídica. Com o passar do tempo, a utilização de palavras solenes e rituais foi-se abrandando, na medida em que se evoluiu para os períodos clássicos e pós-clássico. (PEREIRA, 2018; ALVES, 2018)

Exemplo da observância estrita de palavras solenes encontra-se na *stipulatio*, que era o contrato verbal e abstrato por excelência dos romanos. Tal contrato celebrava-se por meio de perguntas e respostas, em termos orais e solenes, entre os futuros credor (*stipulator; stipulans; reus stipulandi*) e devedor (*promissor; reus promittendi*).

O ritual, expresso na solenidade com que eram feitas determinadas perguntas e respostas, e a causa, motivo determinante da declaração da vontade, pelo menos no período pré-clássico do direito romano, ao que se indica, não obstante o gênio pragmático românico e a repulsa às abstrações, eram os fatores que davam forma ao contrato.

Todavia, em 472 d.C., verifica-se o declínio da ritualística contratual. Conforme notícia histórica presente nas Institutas de Justiniano, Livro III, uma constituição imperial de Leão, o Filósofo, teria eliminado toda a solenidade da *stipulatio*. (ALVES, 2019)

Visto tudo isto, pode-se inferir que os juristas do direito romano não conheciam o contrato como uma categoria geral e abstrata como se define atualmente. Para os romanos, existiam apenas alguns tipos de contrato. Portanto, a noção de contrato é mais ampla no direito moderno, abarcando contratos obrigacionais, típicos e atípicos. No direito romano, só se enquadravam entre os contratos os acordos de vontade que se destinavam a criar relações jurídicas obrigacionais que se enquadrassem nas categorias pré-determinadas. (ALVES, 2018)

Enzo Roppo (2009, p. 16) informa que no direito romano clássico não existia, na forma como é hoje conhecida, uma figura geral de contrato, à espécie de um invólucro jurídico geral, que regula a pluralidade e variedade das operações econômicas.

“(...) Foi só na época justinianeia, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear – com o esquema do contrato inominado – um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autônomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica.” (ROPPO, 2009, p. 17)

Por outro lado, Moreira Alves (2019) observa que do direito romano ao direito contemporâneo, o contrato conservou seus elementos, quais sejam: capacidade e legitimação das partes; manifestação de vontade sem vícios; acordo de vontades dos contratantes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Assim, verifica-se que os termos contrato, pacto, acordo e convenção, tecnicamente, divergem entre si, embora sejam empregados no mesmo campo semântico, havendo, por vezes, confusão quando do seu emprego como sinônimos.

Segundo Rodrigues Junior (2004, p. 119), deve-se compreender que o contrato não é uma invenção ou criação da lei, mas sim uma expressão da natureza e razão humana. É uma convenção ou um mútuo acordo, pela qual duas ou mais pessoas se obrigam entre si a fazer ou não fazer alguma coisa. É um ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem. É, fundamentalmente, o exercício da faculdade de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física.

Nestes termos, o contrato é um expediente, é a forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo sua vontade, condições, suas necessidades e interesses. É meio de regular relações recíprocas, constituídas de forma espontânea, modificadas livremente, criando ou transportando seus direitos ou obrigações particulares, da forma que melhor lhe aprouver. (RODRIGUES JUNIOR, p. 119)

No que interessa ao direito mercantil¹, segundo Enzo Roppo (2009, p. 7-11), o contrato representa a tradução científico-jurídica da operação econômica. Necessariamente, o contrato, o direito dos contratos, preocupa-se com a circulação de riquezas. “(...) Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”.

¹ Termo genérico utilizado por Ricardo Negrão (2012, p. 22) que abrange as nomenclaturas direito comercial e direito empresarial e que remonta ao momento histórico da formação da disciplina, qual seja, o Mercantilismo.

Nestes termos, verifica-se que a doutrina de Enzo Roppo (2009) diverge fundamentalmente do que Pontes de Miranda (1971, t. 23 e 38) ensina. Uma vez que, para este último autor, o elemento econômico não é algo inerente à ideia de contrato.

Nosso posicionamento é de que há que se levar em consideração a presença do elemento econômico para fins de determinação do gênero contrato, especialmente no que tange aos contratos mercantis.

Todavia é importante fazer a ressalva de que não devemos confundir “operação econômica” com “lucro”. A ideia de operação econômica está vinculada à ideia de circulação da riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza, bens materiais ou utilidades susceptíveis de avaliação econômica, de um sujeito para outro. Assim, a transferência de riqueza constitui o necessário substrato do contrato. Não o lucro em si.

Portanto, o “(...) contrato é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva captura das operações econômicas por parte do direito. (...)” (ROPPO, 2009, p. 15)

E, por ser não linear, o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido. Há uma relatividade do próprio conceito de contrato conforme o meio social e a época histórica. Existe uma elasticidade inerente ao conceito. Nas sociedades capitalistas aparece como meio de proteção à propriedade. Nas sociedades socialistas é meio de intervenção no domínio econômico.

É fato que a economia dirigida e a economia controlada criam dever de contratar. Porém, quando há intervenção do Estado, esta interferência deve observar o princípio da legalidade.

Nas codificações e na ciência jurídica do século XIX, a ideologia da liberdade contratual adequa-se aos interesses e às exigências da sociedade burguesa.

O Código de Napoleão de 1804, resultado da revolução francesa de 1789, põe o contrato numa posição subordinada à propriedade. Já no Código Civil Alemão de 1896 (BGB), o contrato liberta-se da propriedade. A categoria jurídica passa a ser concebida e construída a partir de um conceito mais geral, solidifica-se e destaca-se a partir do conceito de negócio jurídico, da teoria do fato jurídico, conforme visto anteriormente. (ROPPO, 2009)

Nestes termos, deslocando o foco do conceito da teoria do fato jurídico para a operação econômica, Paulo Nader (2016) leciona que:

Na acepção atual, contrato é acordo de vontades que visa à produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial. Por ele, cria-se, modifica-se ou extingue-se a relação de fundo econômico. Embora previsto e regulado no Direito das Obrigações, os contratos não se referem, necessariamente, aos negócios jurídicos entre credor e devedor; estendem-se a outras províncias jurídicas, como ao Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito Administrativo, Direito Internacional. De acordo com Henri de Page, o contrato não é, em si, uma obrigação, mas uma fonte das obrigações: “Seu objeto é criar obrigações, modificar ou extinguir as obrigações existentes. (NADER, 2016, p. 40)

Portanto, conforme as definições acima, na atualidade, aparece um elemento a mais na definição de contrato. A produção dos efeitos jurídicos, a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas - criação, modificação ou extinção de direitos -, deixa de ser considerada a única característica do contrato.

A produção de efeitos jurídicos não pode ser o fim do contrato em si, muito menos o seu conceito, considerando a definição contemporânea de contrato. A produção de efeitos jurídicos depende de uma adjetivação, um motivo, uma finalidade. Pergunta-se: produzir efeitos jurídicos? Com que objetivo?

Logo, não obstante o posicionamento de Pontes de Miranda (1971, t. 23 e 38), o contrato, que no Direito Romano era entendido como um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto, na atualidade passa a perquirir uma finalidade, qual seja, o conteúdo patrimonial, o fundo econômico. (ROPPO, 2009)

Neste contexto, o contrato pode ser compreendido como forma jurídica da atividade econômica, que exsurge sob a sombra da propriedade. O conteúdo é patrimonial, o fundo é econômico.

Desta forma, repise-se, para este trabalho, contrato é acordo de vontades que visa à produção de efeitos jurídicos de cunho patrimonial, criando, modificando ou extinguindo relação de cunho econômico².

Portanto, a evolução do contrato perpassa pelo crescimento da atividade econômica, que, por sua vez, necessariamente, envolve a atividade empresarial. Considerando que os “acordos” são instrumentos para a produção e circulação de riquezas. (VERÇOSA, 2010)

² Embora não tenha sido nossa intenção, o conceito de contrato adotado neste trabalho converge para o conceito de contrato definido por Paulo Nader (2016).

Definido o gênero “contrato”, é preciso estudar a espécie “contrato interempresarial”. Para isso, necessitamos definir os conceitos de comerciante, empresário, atos de comércio e teoria da empresa.

1.3. Atos de comércio e teoria da empresa: comerciante e empresário

A essência da matéria mercantil e, portanto, do direito comercial, posteriormente direito empresarial, atravessa a linha do tempo com destino à organização da atividade e tem por objeto a dicotomia entre o direito comum e o especial. (FORGIONI, 2009, p. 36-37)

No final da Idade Média, os comerciantes tornaram-se a principal e mais organizada classe da sociedade. Enriquecidas de recursos, as corporações de mercadores obtiveram sucesso e poder político, conquistando a autonomia para alguns centros comerciais, como, por exemplo, as cidades italianas de Veneza, Florença, Gênova. (REQUIÃO, 2005, p. 12)

Segundo Oliveira Filho (2018, p. 47-49), os mercadores, quando reunidos em corporações, passaram a estabelecer suas próprias normas, consolidando os usos e práticas necessárias ao ordenamento e à disciplina das relações comerciais. Estes comerciantes estabeleceram as bases de um sistema de jurisdição supraestatal, decidindo, por meio da justiça privada, os conflitos entre os membros das corporações, independentemente da nacionalidade ou da origem dos membros da guilda de origem. Assim surgiram as bases da *lex mercatoria*, do direito comercial.

Nessa fase histórica, final da idade média e início da idade moderna, é que começa a se cristalizar o direito comercial, oriundo das regras corporativas. A finalidade inicial era dirimir as disputas entre os comerciantes e assegurar segurança jurídica ao tráfego comercial.

Portanto, verifica-se que o direito comercial emergiu da necessidade de regramento jurídico mais célere, de forma a atender às necessidades dos mercadores, em contraposição ao direito romano que era então redescoberto. (FORGIONI, 2009, p. 36-37)

À época, para ser considerado comerciante, era necessário estar vinculado a uma guilda ou corporação. Conseqüentemente, pode-se dizer que o conceito de

comerciante, nos primórdios do direito comercial, era estritamente subjetivo. Comerciante era aquele que a guilda ou corporação reconhecia com tal.

Para Forgioni (2009, p. 39), esse período é chamado subjetivo pois determinado a partir de um sujeito, o membro da corporação, o que representa a existência de um direito de uma determinada classe.

O exercício do comércio dependia da vinculação do comerciante e de seus herdeiros à corporação. Ao que se indica, a atividade mercantil somente era acessível aos que demonstrassem aptidão profissional e capacidade econômica para o exercício do comércio. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 49)

Desta forma, as corporações estabeleciam as condições de matrícula dos comerciantes, os direitos e as obrigações, as normas dos contratos e negócios possíveis de serem realizados. Havia completa subordinação aos estatutos corporativos.

Superada esta fase estritamente subjetiva, surge, no início do século XIX, a teoria objetiva dos atos de comércio. Nela, o direito comercial se sedimenta um pouco mais, diante da objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil no pós Revolução Francesa.

Após a revolução de 1789, não se concebia, diante da filosofia política vigente, um "(...) código destinado a garantir, numa sociedade fundada sobre o princípio da igualdade de todos perante a lei, prerrogativas e privilégios aos mercadores. (...)" (REQUIÃO, 2005, p. 14).

A elaboração doutrinária fundamental do sistema francês da teoria dos atos de comércio tem por base um rol de atividades exercidas pelos comerciantes. Para esta teoria, o direito comercial deixou de ser apenas o direito de uma categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos que, a princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão.

A história aponta que com a promulgação do Código Comercial francês, pós revolução, o comerciante deixa de ser aquele inscrito na matrícula do mercado ou na guilda, e passa a ser aquele que pratica, por profissão habitual, atos de comércio, estando sujeito às leis e à jurisdição especiais. (FORGIONI, 2009, p. 40)

Repise-se, com a adoção da teoria dos atos de comércio, o direito comercial passa a ser o direito dos atos praticados por quem quer que seja, independente de qualquer qualificação profissional ou participação em corporações. (TOMAZETTE, 2017, p. 34)

Segundo Ricardo Negrão (2012, p. 50):

A partir do conceito objetivo, originário do sistema e do Código de Comércio francês, permitiu-se a qualquer pessoa capaz o exercício de atividade comercial, independente de sua prévia aceitação como membro da corporação de comerciantes; surgiu o direito a obter a qualidade de comerciante tão somente pela prática habitual e profissional de atos de comércio.

O autor assevera que qualificava-se alguém como comerciante se a sua atividade profissional e habitual fosse a prática dos atos de comércio.

Rubens Requião (2005, p. 14) informa que o Código Comercial Francês de 1808 adotou o conceito objetivo, estruturando a teoria dos atos de comércio.

Portanto, verifica-se que o sistema objetivista desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para os atos por ele realizados. O mérito da teoria está na mudança do objeto: sai da pessoa e foca na atividade. Contudo, a crítica que o autor faz é que não há um elemento intrínseco que defina o conceito do que seriam os tais atos de comércio. Para o doutrinador, os atos de comércio seriam aqueles definidos em lei ou regulamentação específica.

Explicando, Forgioni (2009, p. 40) informa que diz-se objetivo esse período porque a matéria comercial passa a ser delimitada pela prática de certos atos, não mais pelo agente.

Por sua vez, Fábio Coelho (2012, a, p. 36) ensina que a teoria dos atos de comércio resume-se, “(...) rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas.”

Não obstante, a legislação francesa serviu de modelo para codificações em todo o mundo. Influenciando, inclusive, a edição do Código Comercial Brasileiro de 1850, claramente inspirado na teoria dos atos de comércio.

Como visto, há uma imprecisão técnica na definição do que seriam atos de comércio. Embora, houvesse quem os tentou definir e classificar, a exemplo do autor José Xavier Carvalho de Mendonça. (NEGRÃO, 2012)

Sem adentrar no estudo profundo dos atos de comércio, Alfredo Rocco (1934) resume materialmente os atos de comércio como sendo aqueles que realizam ou facilitam uma interposição na troca.

Portanto, considerando a imprecisão natural da essência do conceito em si, ficou a cargo das leis e das regulamentações definir o conceito formal, leia-se jurídico, de atos de comércio.

“O elo entre as diversas atividades abrangidas pelo elenco dos atos de comércio, contudo, não se encontra senão externamente. Isto é, a unidade dos atos mercantis reside apenas em sua relação com as atividades profissionais de uma classe social, a burguesia”. (COELHO, 2012, a, p. 36)

Marlon Tomazette (2017, p. 34) sustenta que, de início, a codificação brasileira de 1850 foi tímida ao disciplinar a atividade profissional dos comerciantes, sem mencionar ou definir os atos de comércio. Todavia, a ausência de um rol dos atos de comércio não perdurou por muito tempo, pois, no mesmo ano, surgiu o Regulamento 737, exemplificando tais atos de comércio.

Concordando, Paula Forgioni (2009, p. 41) sustenta que os autores do Código Comercial de 1850, evitaram enfrentar o problema da definição de ato de comércio, adotando uma posição subjetivista, no artigo 4º da lei, ao caracterizar comerciante como aquele que fazia da “mercancia profissão habitual”.

Desta forma, observa-se que a legislação brasileira não teve como fugir do elenco normativo dos atos de comércio, editando, ainda no ano de 1850, o Regulamento n. 737, cujo artigo 19 definiu as atividades sujeitas à jurisdição dos Tribunais de Comércio.

Leia-se:

DECRETO N. 737, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1850.

(...)

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As empresas de fabricas; de com missões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. (Vide Decreto nº 1.102, de 1903)

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo.

§ 5. ° A armação e expedição de navios.

Verifica-se que o Regulamento n. 737 estabelecia os atos comerciais por natureza ou profissionais, quais sejam: a compra e venda ou troca para vender a grosso ou a retalho, operações de câmbio, banco e corretagem, empresas de fábrica, de comissões, de depósito etc. (NEGRÃO, 2012, p. 48)

Embora extintos os Tribunais do Comércio, ainda em 1875, pelo Decreto n. 2.662 de 9 de outubro daquele ano, o direito brasileiro continuou a disciplinar a atividade econômica a partir do critério fundamental da teoria dos atos de comércio.

A lista de atividades estabelecidas pelo Regulamento n. 737 continuou servindo de referência doutrinária para a definição do campo de incidência do direito comercial brasileiro, mesmo com a sua revogação. (COELHO, 2012, a)

Visto o problema da teoria dos atos de comércio e de sua conceituação, observa-se que este fato foi um dos fundamentos para superação da teoria. Consoante Rubens Requião (2005, p. 15) “(...) o escopo de lucro e o fito especulativo são insuficientes para sobre eles se construir o conceito científico dos atos de comércio (...)”.

Neste contexto, impulsionado pelo capitalismo, principalmente pela técnica de produção em massa, surge o sistema italiano, também conhecido como a teoria da empresa, com base jurídica no *Codice Civile* da Itália, de 1942, que inaugurou a última etapa evolutiva do direito comercial nos países de tradição romanística. (COELHO, 2012, a). A superação da doutrina dos atos de comércio é apresentada como uma grande evolução, já que a tônica desloca-se da noção de ato para a noção de atividade. (FORGIONI, 2009, p. 64-65).

Paula Forgioni (2009, p. 55-59, 71) informa que o advento do corporativismo e do fascismo teria sido o marco que deslocou, na Itália, as discussões sobre o objeto do direito comercial do ato de comércio para a empresa, num novo código civil, concebido como um dos principais instrumentos do intervencionismo estatal. Nesses termos, a empresa, controlada pelo Estado, passa a ser concebida como ente organizador e gerador de riqueza. O Estado italiano funda-se inteiramente sobre a vida da empresa.

Para Ricardo Negrão (2012, p. 62), a teoria da empresa sustenta-se no conceito de empresa, a qual deve ser entendida como atividade econômica organizada.

No contexto de formação da teoria, a empresa é entendida como arena de encontro de interesses que devem ser harmonizados, consoante à ordem pública. Assim, ao regulá-la, o Estado passa a posicionar a empresa e sua disciplina no centro do sistema jurídico, o que viabiliza o controle estatal. Portanto, ao menos no contexto inicial, a teoria da empresa possibilita a articulação entre Estado e a empresa, sobrepondo-se às relações entre os agentes econômicos, o que substitui, por vezes, a lógica da competição pela da colaboração, típica dos cartéis. (FORGIONI, 2009, p. 68-69)

Sob o ponto de vista técnico, Fábio Ulhôa Coelho (2012, a) informa que o conceito de empresa é definido como a atividade profissional voltada para a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, a partir da organização dos fatores de produção (trabalho, matéria prima, capital e tecnologia).

Conforme Rubens Requião (2005, p. 16) “(...) Por empresa comercial passou-se a compreender não a cadeia de atos de comércio isolados, mas a organização dos fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou de serviços em massa.”

Assim, da definição de comerciante, como aquele que realiza atos de comércio, observando-se que os atos de comércio eram aqueles que estavam dispostos em lei ou regulamento, chegou-se à definição de empresário como o profissional exercente de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Definido o conceito de empresa, verifica-se que com a edição do Código Civil de 2002, houve uma aproximação do direito brasileiro ao sistema italiano, ao se estabelecer um regime geral de disciplina privada da atividade econômica, que apenas não alcança algumas modalidades de importância marginal, conforme se verifica da leitura do artigo 966 do Código Civil de 2002.

Leia-se:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Em síntese, Ricardo Negrão (2012, p. 49) aponta que é possível verificar na história do direito comercial, modernamente dito empresarial, a existência de três sistemas evolutivos de qualificação do comerciante, sendo que, no último, a alteração do conceito levou à alteração do próprio *nomen iuris*, ou seja, o comerciante passou a ser designado empresário.

Conceito subjetivo-corporativista: comerciante é aquele que pratica a mercancia, subordinando-se à corporação de mercadores e sujeitando-se às decisões dos consules dessas corporações.

Conceito objetivo: “Comerciante é aquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio” (Vivante).

Conceito moderno (empresarial ou subjetivo-empresarial): Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, excluída a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão

constituir elemento de empresa (novo Código Civil, art. 966 e parágrafo único).

Como se observa, a transição, de um sistema para outro foi radical, uma vez que a mudança no conceito de comerciante para empresário justificou a própria redefinição deste campo de estudo do direito. Portanto, embora sejam utilizados como sinônimos, os conceitos de comerciante e empresário, os conceitos de direito comercial e direito empresarial, são, tecnicamente, distintos entre si.

Assim,

“(...) Se, por um lado, o estudo dos atos de comércio decorre do conceito francês de comerciante – sistema da comercialidade -, por outro, o conceito de empresa é construção italiana – sistema da empresariedade -, ao estabelecer regras próprias não mais àquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas à atividade definida em lei como empresarial.” (NEGRÃO, 2012, p. 62)

Portanto, visto a teoria dos atos de comércio e a teoria da empresa, assim como os conceitos por essas teorias informadas, conceito de comerciante e empresário. Observando que a teoria da empresa se perfaz como um desenvolvimento da dogmática jurídica da teoria dos atos de comércio, passamos ao estudo e reflexão sobre se existem diferenças, e, em caso positivo, quais seriam estas diferenças entre os contratos empresariais, os contratos civis e os contratos de consumo.

1.4. Do dualismo ao trialismo contratual: contratos empresariais, contratos civis e contratos de consumo

Segundo Carneiro Filho e Viana (2015), uma das características mais marcantes do Código Civil de 2002 foi a tentativa de unificação das obrigações de direito privado. Ou seja, tentou-se englobar, num único diploma normativo, as obrigações do direito civil e as do direito empresarial, assim denominadas em face da acolhida da teoria da empresa. Logo, ante a tentativa de unificação dos regimes, a existência dos contratos empresariais passou a ser contestada.

Para Oliveira Filho (2018, p. 337), “(...) a mera transposição de alguns tipos contratuais do Código Comercial para o Código Civil não representou, com certeza, a unificação do direito obrigacional em nosso sistema normativo.”

A discussão a respeito da unificação dos regimes civil e comercial começou na Itália. Segundo Paula Forgioni (2009, p. 72) a unificação do Código Civil italiano

de 1942 não decorreu das observações de Vivante, mas, principalmente, de razões políticas com vistas ao controle da economia.

Segundo Rocco (1934), a bipartição da disciplina privada da economia, em regime de direito civil e regime de direito comercial, começou a preocupar a doutrina jurídica ainda no final do século XIX. Conforme o autor, devido a uma palestra proferida no ano de 1892, Cesare Vivante teria se tornado o expoente da defesa pela tese do fim da autonomia do direito comercial, cujo ápice deu-se em plena Segunda Guerra Mundial.

Sob o ponto de vista histórico, Enzo Roppo (2009) aponta que um dos motivos, de ordem sociológica para unificação do direito das obrigações, civis e comerciais, operada pelo *Codice Civile* italiano de 1942, fundamento do nosso Código Civil de 2002, foi a vigência do sistema fascista.

A empresa não é colocada no centro do sistema jurídico por consequência da consagração da liberdade econômica, mas, sobretudo, é lá posicionada como instrumento para implementação do dirigismo estatal. Este fenômeno é observado quando se propõe que o Estado deva assumir a função de supervisão e de coordenação da atividade empresarial, de acordo com o espírito da *Carta del Lavoro*, instrumento político italiano de definição dos conceitos fascistas da época. (FORGIONI, 2009, p. 73).

Cabe ressaltar que, diferente do socialismo, o fascismo não queria o domínio estatal direto sobre os meios de produção, mas sim, o controle dos detentores dos meios de produção. É o Estado Totalitário agindo de forma indireta.

Significa dizer que unificar o direito das obrigações, num único código, foi a forma que o estado fascista encontrou para controlar indiretamente os meios de produção e aumentar o domínio estatal. Portanto, retirar da ordem jurídica o código próprio da classe burguesa, o código comercial, fora uma das formas que Mussolini encontrou para expandir o seu poder.

Com o passar do tempo, verifica-se que houve uma neutralização política do conceito de empresa, principalmente após a queda do Fascismo e a Segunda Guerra Mundial. Nestes termos, observa-se que a doutrina italiana esforçou-se para esterilizar o conceito de empresa, liberando-o de qualquer ligação com a política intervencionista do Fascismo. Inclusive, a própria doutrina brasileira esforça-se para salvar o conceito de empresa, extirpando-o das conotações ideológicas. (FORGIONI, 2009, p. 79-80)

Desta feita, a forma italiana de regular o exercício da atividade econômica, sob o prisma do direito privado, resume-se na teoria da empresa, que consagrou a tese da unificação do direito privado, preocupando-se com o fato do deslocamento da fronteira entre os regimes civil e comercial.

No Brasil, enquanto o Título V, “Dos Contratos e Obrigações Mercantis”, do Código Comercial de 1850 estava em vigor, não havia dúvidas sobre a existência dos contratos mercantis. Afinal, o artigo 121 daquele Código informava existirem regras especiais para os contratos comerciais, devendo-se aplicar as regras de direito civil somente em caráter supletivo.

Código Comercial de 1850.

TÍTULO V

DOS CONTRATOS E OBRIGAÇÕES MERCANTIS

Art. 121 - **As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.** (grifamos)

Assim, no Brasil, desde o ano de 1850, existiam claramente dois regimes jurídicos para os contratos. Um regime jurídico de direito comum: aplicável nas relações jurídicas entre aqueles que não eram comerciantes e, também, quando da relação jurídica entre o comerciante e a pessoa comum. Outro de direito comercial: aplicável quando da relação jurídica exclusiva entre comerciantes.

Todavia, no ano de 1990, surge, no Brasil, um terceiro regime jurídico positivado dos contratos, o regime dos contratos de consumo. (BENJAMIM; MARQUES; BESSA, 2012)

Portanto, entre os anos de 1850 a 1990, ano do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, existiam, claramente, dois regimes jurídicos positivados aos quais os contratos em geral se subordinavam: o regime de direito comercial e o regime de direito civil.

Todavia, a partir de 1990, o regime jurídico aplicável aos contratos em geral passou a variar segundo empresário a empresário (direito comercial), empresário a não empresário (direito do consumidor) ou não empresário a não empresário (direito civil). (CARNEIRO FILHO E VIANA, 2015)

Assim, considerando a evolução do direito positivo, pode-se concluir que a evolução dos contratos em geral, no Brasil, deu-se do *dualismo contratual* ao *trialismo*.

Dito tudo isto, observa-se que com o surgimento do Código Civil de 2002 e sua tentativa de unificação do direito privado, a autonomia e a existência dos contratos mercantis foi questionada. (CARNEIRO FILHO E VIANA, 2015)

O fato do Poder Legislativo brasileiro ter procedido com a tentativa de unificação do direito privado, por meio de um código civil, que derogou quase que por completo o antigo código comercial, fez com que o direito de comercial, direito especial, que detinha codificação própria, passasse a habitar a legislação de direito comum, sob a adoção da teoria da empresa.

O legislador de 2002 ignorou a distinção entre direito comum e direito especial. Nestes termos, Sílvio Venosa (2017) informa que:

O Direito civil trata do conjunto de normas reguladoras das relações jurídicas dos particulares. O interesse de suas regras é eminentemente individual. Nele estão os princípios da personalidade, o conjunto de atributos que situam o homem na sociedade. (...)

O Direito Civil é o direito privado por excelência. (...)

Os pontos de contato do Direito Civil com o Direito Comercial ou Direito da Empresa são muitos. Contudo, apesar de, por vezes, o mesmo instituto ser comum a um ou a outro campo, o Direito Civil encara o fenômeno jurídico em seu valor de uso, enquanto o Direito Comercial ou Mercantil examina o fenômeno do ponto de vista do valor de troca, já que aí estará sempre presente a atividade lucrativa.

Nestes termos, verifica-se que desde a época de Justiniano (482-565 d.C.), ordenador da compilação do direito romano, do *Corpus iuris civilis*, o direito civil sempre foi considerado como o conjunto de normas destinadas a regular as relações privadas das pessoas comuns na sua esfera civil ou particular. E é por isso que se designa direito civil como direito comum, e não como direito especial. As normas do Código Civil são denominadas como de direito comum, já que fazem parte da esfera de interesses próprios das pessoas em sua vida cotidiana e visam instituir uma certa estabilidade nas instituições por ele disciplinadas, especialmente as de natureza familiar, patrimonial, obrigacional e de sucessão. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 101-102)

Em contraponto, verificamos que Miguel Reale (2002), responsável pela codificação do atual Código Civil, informa que num país há duas leis fundamentais: a Constituição e o Código Civil.

Para o autor, a primeira lei estabelece a estrutura e as atribuições do Estado, em função do ser humano e da sociedade civil. Enquanto que a segunda lei preocupa-se com a regulação das relações na sociedade. Assim, o Código Civil seria “a Constituição do homem comum”, seria a legislação matriz a partir da qual se constituiriam os ordenamentos normativos especiais, devendo cuidar de normas

gerais. Havendo a necessidade de destinar à legislação especial todos os assuntos que ultrapassassem os lindes da área civil ou implicassem problemas de alta especificidade técnica, mediante leis especiais.

Diante disso, observa-se a evidente contradição.

Observe-se que o jurista informa que não tentou estabelecer a unificação do direito privado com o Código Civil de 2002 e, ao mesmo tempo, informa que o código fez consolidar e aperfeiçoar o que já estava sendo praticado no País, seguindo a unidade do direito das obrigações.

Para Reale (2002), o Código Comercial de 1850 se tornara completamente superado, não havendo mais questões comerciais resolvidas à luz do Código de Comércio, mas sim em função do Código Civil de 1916.

Segundo o ele:

(...) Na prática jurisprudencial, essa unidade das obrigações já era um fato consagrado, o que se refletiu na idéia rejeitada de um código só para reger as obrigações, consoante projeto elaborado por juristas da estatura de Orozimbo Nonato, Hahnemamm Guimarães e Philadelpho de Azevedo. Não vingou também a tentativa de, a um só tempo, elaborar um Código das Obrigações, de que foi relator Caio Mário da Silva Pereira, ao lado de um Código Civil, com a matéria restante, conforme projeto de Orlando Gomes.
(...)

Portanto, para o autor, seria correta a disciplina unificada das obrigações no Código Civil de 2002, dado o tratamento unificado das obrigações civis com as obrigações empresariais, tudo isto considerando a superação da teoria dos atos de comércio. Assim, abandonou-se a ideia de dividir o Código Civil, elaborando-se, em separado, um Código das Obrigações.

Todavia, segundo o próprio Reale (2002) o Código Civil passou a contar com uma parte nova, o Direito de Empresa, que, em suas próprias palavras, dizia respeito a “situações em que as pessoas se associam e se organizam a fim de, em conjunto dar eficácia e realidade ao que pactuam”. Ou seja, o próprio Miguel Reale reconhece a natureza especial do direito empresarial, mas, em contradição, o inclui numa norma de direito comum.

Segue além, o autor informa que “O Direito de Empresa não figura, como tal, em nenhuma codificação contemporânea, constituindo, pois, uma inovação.” (REALE, 2002)

Desta forma, embora a ciência jurídica repute como necessária a unificação do direito das obrigações, tal fato não se confunde com a absorção do direito comercial pelo direito civil. Pelo contrário, houve quem se posicionasse de forma

oposta à esta civilização do direito comercial ou comercialização do direito civil, promovida pelo Código Civil de 2002. (LUIPI, 2019)

A “comercialização do direito civil”, processo identificado no final do século XIX, é associada, fundamentalmente, à descentralização da forma de criação de novas regras para regulação das relações intersubjetivas. (BRANCO, 2008)

O direito civil sempre foi marcado pela centralização da criação de suas regras. Embora houvesse um papel do costume, o reconhecimento das normas consuetudinárias sempre passou por processos de juridificação, cujo controle era estatal.

Apegando-se às fórmulas ultrapassadas, desconsiderando o papel do costume nas relações jurídicas comerciais e filiado à tradição italiana, na contramão da história e da evolução do processo econômico, o Código Civil Brasileiro de 2002 continuou regulando a empresa como entidade formalista e burocrática. Esta inconsistência resultou em dificuldades de adaptação das empresas brasileiras ao dinâmico mercado globalizado, como, por exemplo, para as adequadas práticas concorrenciais e observância das normas éticas que devem reger as relações mercantis internas e internacionais. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 98)

O Código Civil de 2002 desconsidera que, historicamente, o processo de criação das regras do direito mercantil surge a partir dos próprios agentes econômicos, dos próprios comerciantes, que integravam os tribunais do comércio e julgavam seus pares, conforme já apresentado neste trabalho.

Com efeito, a atividade comercial somente se submete à lei, isto é, à norma positiva, naquilo que estiver normativamente previsto, como regra que esteja obrigada a cumprir. No tocante às condutas facultativas, que possam ser observadas a partir da opção pela realização de determinado ato, negócio ou contrato, o comerciante ou empresário vai adotar o comportamento ou a ação que lhe seja pragmaticamente mais lucrativa ou conveniente, do ponto de vista negocial. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 54)

Assim, o direito comercial nasce como o conjunto de normas de uma atividade profissional, tendo fontes mais dinâmicas do que as fontes do direito civil e estrutura mais aberta, com extrema importância atribuída aos usos e costumes.

Não obstante, Teixeira de Freitas pretendia que ao lado de um código das obrigações existisse um código civil e um código do comércio. Mais adiante na história, Orlando Gomes repisa que a “comercialização do direito civil” foi um fenômeno decorrente de concepções fascistas que provocaram a unificação entre direito civil e comercial no Código Civil italiano, que, como já foi dito, não admitia a natureza classista do direito comercial. (BRANCO, 2008)

Nestes termos, é de se observar o posicionamento Alfredo Rocco (1934), contrário à unificação do direito civil ao direito comercial, embora favorável à unificação do direito das obrigações:

“O contínuo e crescente alargamento da esfera de ação do direito comercial induziu alguns escritores autorizados a negar a necessidade e oportunidade dum direito especial ao comércio, e a sustentar, ao contrário, a necessidade de fundir o direito comercial com o direito civil das obrigações num *código único das obrigações*.” (p. 61)

Veja-se que o autor aponta o aumento da esfera de ação do direito comercial, de forma que haveria a negação, por parte de alguns dos doutrinadores da época, da necessidade de um direito especial ao comércio, sob o fundamento da unificação do direito comercial com o direito civil das obrigações em um único código obrigacional.

[Não obstante,] “(...) O direito comercial poderia permanecer um direito autónomo e, portanto, a ciência comercial uma ciência jurídica autónoma, ainda que as normas do direito comercial estivessem contidas num código único, conjuntamente com as do direito civil das obrigações. Aquilo que, pelo contrário, é, preciso perguntar para descer à substância das coisas é se no âmbito das relações económicas-privas existe uma categoria de relações (as derivadas da indústria comercial e outras que exijam uma regulamentação jurídica idêntica ou semelhante) que necessitem duma disciplina jurídica especial e, senão completamente, ao menos em grande parte diversa da das restantes relações económico-privadas. (...)” (p. 65-66)

Alfredo Rocco sustenta que, mesmo que houvesse a unificação em um único código, o direito comercial continuaria a ser disciplina autónoma. O questionamento levantado fora no sentido de discutir a necessidade de uma disciplina jurídica especial, direito comercial, diante de relações económico-privadas diversas.

Para o teórico,

O estudo da vida económica de qualquer povo adiantado revela-nos a existência duma categoria numerosa de pessoas, que se fazem *intermediárias* das trocas. Ora, a esta categoria de pessoas, que adquirem *bens e serviços não para si*, mas para os pôr à disposição de quem deles tem necessidade, e que põem à disposição de quem deles precisa não os produtos directos do trabalho próprio, mas os produtos do trabalho doutrem, torna-se necessária para a actuação da sua função económica, a *possibilidade duma rápida e expedita conclusão dos negócios e a máxima facilidade do crédito*. (...) (p. 66-67)

Portanto, a necessidade de celeridade para conclusão dos negócios e a facilidade de crédito seriam os fundamentos axiológicos para a disciplina jurídica autónoma do direito comercial. E, neste sentido,

(...) As relações económico-privadas não pertencentes à produção e não conexas com a produção têm natureza e exigências substancialmente diversas das da produção em geral e, especialmente, das da indústria comercial. São relações conexas com instituições tradicionais, que interessam a constituição política do Estado, como a família, a propriedade, o sistema sucessório; ou são relações inerentes à troca não produtiva, na qual não é necessária simplificação especial alguma das formas jurídicas e é, mais do que inútil, inoportuna qualquer facilidade dada ao crédito, o qual,

sendo crédito improdutivo ou de consumo, é causa de prejuízos e de não poucos perigos. (p. 69)

Então, é que se vê o reforço argumentativo da necessidade de codificações distintas. Um código para as relações especiais, um código comercial, e um código para as relações comuns, um código civil, ressalvada a existência de um código único das obrigações:

(...) Em qualquer caso — e é isto que a nós nos importa afirmar — a unidade do direito privado não pode ser o efeito dum acto de autoridade do legislador. Esse efeito deverá resultar da homogeneidade substancial das relações económico-privadas; homogeneidade que hoje falta ainda e que ninguém poderá dizer se virá a resultar da ulterior evolução da vida económica. (p. 70)

Impende ressaltar que, passados mais de oitenta anos desde a edição do livro de Alfredo Rocco (1934), não houve homogeneidade substancial das relações económico-privadas de forma a justificar a unificação do direito civil com o direito comercial num único texto normativo, embora o Código Civil brasileiro tenha tentado unificar o direito privado.

Portanto, um fato histórico relevante foi a inserção do direito de empresa no âmbito do direito das obrigações. Ao que se depreende, essa forma de estruturação não era o objetivo inicial da comissão elaboradora do Código Civil de 2002, já que a unificação que se pretendia fazer dizia respeito somente à parte geral das obrigações, principalmente no âmbito do direito contratual. (BRANCO, 2008)

Segundo Oliveira Filho (2018, p. 113-114) o Código Civil de 2002, além de buscar atualizar determinados princípios e institutos jurídicos que estariam defasados, sob o ponto de vista social, teve outra finalidade, qual seja, promover a unificação do direito das obrigações civis e comerciais, com a pretensão de conferir tratamento normativo igualitário a ambos os tipos obrigacionais.

Segundo Branco (2008):

A unificação legislativa sem a fusão das matérias (direito civil e o direito comercial) precisa ser melhor explicada, pois aparentemente pode ser contraditório unificar e ao mesmo tempo manter autônomo, assim como é necessário esclarecer quais são os elos e as conseqüências da unificação das obrigações com a preservação da autonomia científica e normativa, para que o jurista saiba quais são as normas que incidem sobre uma situação fática e quais são os efeitos decorrentes.

Portanto, desde a origem no direito romano, as obrigações sempre foram comuns na sua estrutura deontológica, e não haveria distinção entre o conteúdo da relação obrigacional civil daquela que rege os negócios mercantis. A obrigação é una. A comercialidade é o conteúdo do ato, não da obrigação. De modo que não se

deve confundir obrigação com o contrato, isto é, não se deve confundir o efeito com a causa. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 114-115)

Resalte-se, há um fato que os legisladores do Código Civil de 2002 parecem não terem se atentado: as obrigações não se confundem com as suas fontes.

Dentre inúmeras outras fontes, as obrigações podem ter por origem em um contrato de direito civil ou em um contrato de direito comercial. Reunir a regulamentação das obrigações é medida que se impõe, já que a consequência jurídica deverá ser sempre a mesma: o adimplemento. Todavia, regular as fontes, as origens das obrigações, os contratos civis e os contratos comerciais, numa única lógica, como tentou o Código Civil é desconsiderar as diferentes naturezas e fundamentos de cada regime.

É de extrema importância entender que a obrigação direciona-se à consecução de um fim, que é o seu adimplemento. O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É a causa final. Na vontade de criar as obrigações está presente a vontade de adimplir o prometido. Caso contrário, o negócio jurídico não serviria à sociedade. (SILVA, 2011)

Em todas as suas fases - nascimento, desenvolvimento do vínculo e adimplemento da obrigação – são necessários princípios que regulem o acontecer obrigacional.

Assim, a unificação do direito das obrigações não pode, nem deve, implicar na correspondente unificação de tipos contratuais diversos, que são diferentes em razão tanto do sujeito empresarial como do objeto mercantil do contrato. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 167)

Nestes termos, “(...) os contratos derivados de sede obrigacional mercantil não se confundem e jamais podem merecer o mesmo tratamento normativo do contrato civil.” (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 115)

Retomando o tema, verifica-se que a consequência da unificação foi que a doutrina brasileira passou a ter grande dificuldade para tecer considerações especiais acerca de uma autonomia dos contratos empresariais, sobretudo após o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Portanto, a unificação na parte contratual empresarial trouxe o descaso pela teoria geral dos contratos mercantis. (CARNEIRO FILHO E VIANA, 2015).

(...) Dadas as peculiaridades negociais que envolvem a dinâmica empresarial exige-se uma definição que considere contemplada

juridicamente normas específicas para os casos de contratos empresariais, estremando-os dos contratos consumeristas e dos propriamente civis. (p. 5)

Conforme visto, depreende-se que “(...) a pretexto de promover a unificação de uma parte restrita do direito privado, no tocante ao direito das obrigações, o Código de 2002 invadiu, de modo assistemático, a estrutura especializada, consistente e harmônica do direito comercial.” (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 118)

Deve-se entender que o fundamento da autonomia do direito comercial reside na sua dinâmica. O fato de as relações serem travadas entre profissionais, o fato da profissionalidade ser a essência do direito comercial, que objetiva o lucro, faz com que este ramo do Direito preocupe-se com a tutela do credor. Há uma necessidade de maior dinamicidade e simplicidade nas práticas comerciais. (LUPI, 2019)

“O direito comercial é o ramo do direito privado que tem por objeto regular as relações entre empresas e empresários no ambiente de mercado. Exclusiva e estritamente. Não tem o direito comercial a função de disciplinar as relações econômicas e patrimoniais entre pessoas, quando as partes não sejam empresários ou que não exercitem atividade econômica com finalidade lucrativa. A partir dessa separação simples, direta e objetiva, as normas de direito comercial devem servir, exclusivamente, para regular as relações entre pessoas, físicas ou jurídicas, que exerçam atividade empresarial, com caráter profissional e objetivo de lucro.” (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 435)

Desta forma, os fundamentos do direito empresarial são incompatíveis com o regime de “socialidade” trazidos pelo Código Civil de 2002. A razão de ser do direito empresarial é a troca com objetivo de lucro. Resumidamente: o direito empresarial é o suporte jurídico do capitalismo.

A adoção dos fundamentos do direito civil às relações interempresariais permite a abertura do direito empresarial às variadas construções hermenêuticas. Possibilita a revisão judicial dos contratos e, conseqüentemente, redundando na insegurança jurídica. Tornando os contratos interempresariais pouco confiáveis, quando, como visto, deveriam espelhar a maior segurança jurídica possível.

Todavia, é de se ressaltar que, em situações excepcionais, muito estritas, quando o empresário adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final, eventualmente, ele poderia ser considerado consumidor, nos termos do artigo 2º do CDC.

Sobre o conceito de “destinatário final” a doutrina aponta que se formaram três teorias: a maximalista, a finalista e o finalismo mitigado. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Para a teoria maximalista ou objetivista, destinatário final é o consumidor que adquire o produto ou serviço para o seu uso, independente da destinação

econômica conferida ao bem. Esta teoria é muito abrangente, pois interpreta o artigo 2º do CDC de forma a considerar consumidor tanto uma pessoa física que compra um aparelho de TV, por exemplo, quanto uma multinacional que adquire uma frota de caminhões para inseri-los na sua cadeia produtiva, ainda que conferindo destinação econômica ao bem.

A teoria finalista ou subjetivista considera destinatário final todo aquele que utiliza o bem como consumidor final de fato e econômico. Esta teoria, que é a teoria adotada por Benjamin, Marques e Bessa (2012), entende que o bem não pode ser inserido na cadeia produtiva, sob pena de desconfigurar a relação consumerista. Consumidor seria aquela pessoa na qual o bem encerra o seu ciclo econômico.

Por último, ainda segundo Benjamin, Marques e Bessa (2012), há uma terceira corrente para definição de consumidor, a teoria do finalismo mitigado. Para esta teoria, que vem sendo a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, na maioria de suas decisões, considera-se consumidor tanto a pessoa que adquire o bem para o seu uso pessoal, quanto o empresário que adquire o bem e o insere na cadeia produtiva. Contudo, no último caso, exige-se que o empresário demonstre a hipossuficiência e vulnerabilidade diante do outro para ser considerado consumidor.

Conseqüentemente, é de se questionar se a aplicação de institutos próprios do regime de direito do consumidor nas relações interempresariais seria ou não nefasta ao sistema jurídico, à economia ou à sociedade, quando o empresário não é vulnerável nem hipossuficiente, em relação ao outro.

Neste sentido, dispõem os Enunciados 20 e 21 da I Jornada de Direito Civil:

20. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços.

21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.

Assim como os Enunciados 20, 21, 23, 28 e 29 da I Jornada de Direito Comercial:

20. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços.

21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.

23. Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual.

28. Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.

29. Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

Oliveira Filho (2018, p. 53) aponta que a conduta, os usos e costumes dos comerciantes, as suas relações concretas no mercado e na dinâmica empresarial, é que irão construir e desenvolver novos negócios jurídicos e novas formas de exercer a atividade mercantil. Para o autor, a atividade comercial, mais do que a qualquer outra relação negocial, cabe à máxima do princípio universal da liberdade, de que tudo que não seja expressamente proibido é juridicamente permitido.

Portanto, observa-se que o contrato interempresarial tem suas próprias peculiaridades como, por exemplo, maior extensão da autonomia privada, função de melhorar a economia, busca pelo lucro. (FORGIONI, 2015). Logo, cabe ao sistema jurídico proteger a confiança entre os empresários.

1.5. Definição dos contratos mercantis e o papel da vontade

Não obstante a nomenclatura adotada, contratos comerciais, para a teoria dos atos de comércio, e contratos empresariais, para a teoria da empresa, conforme verificado anteriormente. Ou mesmo, a adoção do termo contratos mercantis, como um termo genérico que abranja as duas nomenclaturas. Essas três formas estão dentro do mesmo campo de significado e podem ser adotadas como sinônimos, embora a técnica informe que, em sua construção científica, os termos diferem entre si.

Dito isso, é de se observar que os contratos mercantis não se limitam ao rol disciplinado no Código Civil.

Além dos contratos previstos no título VI do Código de 2002, artigos 481 a 853, que podem ser realizados por pessoas não empresários ou empresários, existem os contratos de arrendamento mercantil ou leasing (Lei 6.099/1974), de franquia empresarial (Lei 8.955/1994), de concessão comercial de veículos automotores (Lei 6.729/1979), de alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei 911/1969), todas as espécies de contratos bancários (Lei 4.595/1964), além das modalidades de contratos atípicos, não regulados em lei, como os contratos de

faturização (factoring), de cartão de crédito e da compra e venda eletrônica, entre outros. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 117)

Depreende-se da doutrina que o que diferencia os contratos civis dos mercantis são as suas características especiais. Não obstante, não há um consenso sobre quais seriam estas particularidades.

Segundo Verçosa (2010), os contratos empresariais apresentam alguns atributos diferenciadores em relação aos contratos civis, quais sejam, objetivação, padronização e mercadorização. Tais elementos teriam o condão de implicar numa suposta indiferença em relação aos sujeitos que celebram o contrato, dando uma nota de despersonalização ao instituto do contrato mercantil.

Paula Forgioni (2015) enumera como sendo as características principais dos contratos empresariais o escopo de lucro, a função econômica, a incompletude contratual, a segurança e previsibilidade, a tutela do crédito, a boa-fé, a globalização e os usos e costumes.

Por sua vez, Oliveira Filho (2018, p. 340) informa:

Os negócios comerciais são planejados, concebidos e implementados a partir de um desiderato lucrativo, em que a racionalidade contábil orienta e determina o conteúdo e os objetivos buscados nas relações contratuais. Todo contrato empresarial visa, necessariamente o lucro, ou seja, o “escopo de lucro é a principal característica dos contratos empresariais”, ensina Paula Forgioni. As estratégias mercadológicas para a oferta dos produtos no mercado, os modelos negociais adotados pelas empresas, a organização dos seus sistemas administrativos, a estruturação de processos industriais, a persecução constante de resultados econômicos, a cotação das ações das companhias abertas nas bolsas de valores, todos esses elementos, totalmente ausentes nas relações de direito civil, evidenciam que os contratos mercantis não podem ser disciplinados sob o regime jurídico do direito comum.

Verifica-se que o que deve ser observado para formação dos contratos interempresariais é o elemento subjetivo (presença do empresário/comerciante) e o elemento objetivo (aquisição de insumos ou bens de produção). (FORGIONI, 2015; MAMEDE, 2010; COELHO, 2012).

Considerando o elemento profissionalidade, constata-se que o empresário/comerciante deve ser entendido e tratado como *expert* na arte da negociação.

No típico contrato realizado entre empresários, ambas as partes atuam com escopo de lucro. Logo, os profissionais possuem maior noção do risco empresarial e dos usos e costumes do mercado em questão. (FORGIONI, 2015; MAMEDE, 2010; COELHO, 2012).

A priori, não há desigualdade material a ser corrigida pela intervenção estatal, como há nas relações de consumo, exceto em situações específicas e pontuais, conforme visto anteriormente. Questões de legalidade e formalidade devem ser observadas pelos próprios atores, não obstante a possibilidade de intervenção judicial em momento posterior para sanar eventuais vícios do negócio jurídico.

Sendo assim, mesmo que alguns apontem a diminuição progressiva da autonomia da vontade, redução da liberdade contratual, ante o aumento da complexidade social. Prevalecendo o interesse público em determinadas matérias. (VERÇOSA, 2010) O Estado Julgador deve limitar-se a manter a segurança no tráfico comercial, com o mínimo de intervenção.

Sob um ponto de vista liberal, a atividade empresarial representa melhoria da condição de vida da maioria das pessoas não empresárias. Já que a competição estimula o aumento da oferta de produtos e serviços à sociedade.

Nestes termos, os contratos interempresariais devem ser compreendidos como, além de celebrados entre empresas, aqueles que destinam-se ao atendimento de uma função econômica, cumprem a finalidade de regular relações estritas de caráter profissional, e assim devem ser classificados como categoria distinta dos contratos civis e dos contratos aplicáveis às relações de consumo. Assim, sendo, não seria crível, nem lógico, admitir que a gama especializada de contratos mercantis possa ser absorvida na generalidade dos contratos civis, contrariando a realidade econômica. (OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 367; 377)

Da leitura de Pontes de Miranda (2001, t. 3, p. 51) verifica-se que, nos negócios jurídicos em geral, existe um chamado princípio da vinculação pela manifestação de vontade. Segundo o autor, quando o suporte fático é composto, tem-se de indagar o que as partes querem e se esta vontade está abrangida pela lei.

Nesses termos, a técnica legislativa pode adotar dois tipos de regras jurídicas: a) regras jurídicas dispositivas, ou regras jurídicas “preenchentes”, as quais tomam o lugar das manifestações de vontade que deveriam ter sido feitas num ou noutro sentido e não o foram; e b) regras jurídicas interpretativas, as quais, na dúvida do aplicador, servem para entre o que foi que quiseram os manifestantes obscuros. (MIRANDA, 2001, t. 3, p. 35)

Logo, a constituição de negócios jurídicos só se permite dentro dos limites legais. A respeito de muitas relações, não é possível, juridicamente, negociar-se. Mesmo que se trate de relações entre empresários.

Resumidamente, cabe à lei dizer até onde alguém pode querer ou pode não querer. O espaço deixado pela vontade fica fora do direito, é um espaço em branco cercado pelas regras que limitam.

Assim, dizer que o contrato tem força de lei é informar que se pode buscar socorro ao judiciário quando do descumprimento de obrigação avençada que não contrarie a norma.

Ademais, a liberdade contratual é direito fundamental, previsto nos artigos 1º, IV, 5º, II, 170 e 174 da Constituição Federal, que informa o contrato - programa econômico objetivado pelas partes. (VERÇOSA, 2010)

Portanto, as intervenções corretivas do Poder Judiciário para tentar igualar materialmente os contratantes não podem restringir a liberdade de contratação quando não há violação ao ordenamento jurídico.

Deste modo, cabe ao juiz apurar e aplicar a vontade efetiva das partes, não podendo o julgador substituir a vontade do contratante. (VERÇOSA, 2010)

Neste contexto, é importante diferenciar autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação.

Segundo Rodrigues Junior (2004, p. 113) a expressão autonomia origina-se de duas palavras gregas, *autós* e *nomói*. *Autós* representaria a ideia de “si mesmo”, uma qualidade ou condição inerente a um ser. *Nomói* corresponderia à norma ou regra.

Para o autor, a conceito de autonomia como liberdade de conduzir-se surgiu do humanismo e da valorização daquilo que é próprio do homem. Sob a filosofia do pensamento canônico, entendia-se que a vontade livre conferia um caráter individual aos seres humanos. Já no contexto do liberalismo, entendia-se que a vontade seria a fonte dos direitos e o contrato, sua principal forma de exteriorização. (p. 115 e 117)

Portanto, a autonomia da vontade seria aquela exercida no espaço das relações intersubjetivas de cunho não-público.

Superando o conceito de autonomia da vontade, surge o conceito de autonomia privada.

Para Rodrigues Junior (2004, p. 117-118), no fim do século XIX e início do século XX, ante a precariedade social, a liberdade encontrou limites. Constatou-se que a autodeterminação individual não podia tudo, estava subordinada à vontade coletiva, à lei. Nestes termos, dentro do espaço circunscrito da lei, entendendo-se o conceito de negócio jurídico, que somente se consubstancia com base no suporte

fático do direito, conceituou-se a autonomia privada. Ou seja, a vontade individual passou a ser entendida como a “autorizada” pelo ordenamento jurídico.

Assim, para controlar a autonomia da vontade, permeada de individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares, dando ensejo à criação do conceito de autonomia privada.

Mais modernamente, surge um terceiro conceito na evolução da epistemologia: a autonomia privada da vontade. Considerando que, ao tentar coibir os abusos de liberdade pelos particulares, as ordens estatais passaram a oprimir a vontade, tendo a autonomia resgatado o elemento volitivo. É a cláusula de que os bens individuais somente podem ser dispostos pela vontade dos sujeitos. É o entendimento que o estado pode limitar a vontade, mas não suprimi-la. (p. 118-123)

De toda forma, não se deve confundir autonomia privada da vontade com autodeterminação da vontade. O conteúdo da autodeterminação é apresentado pelo direito constitucional e pelo direito internacional público e deve ser empregado, de forma estrita, quando da relação entre os diferentes povos e nações. Ou seja, no processo de ordenação interna estatal são ilegítimas as interferências de estados estrangeiros. (p. 126)

Visto tudo isto, o adequado conceito a ser utilizado é o de autonomia privada da vontade que deve ser entendido como a possibilidade de criar regra para si e de sujeitar-se à tal regra. Saliente-se que a autonomia é a senhora e dona da vontade. Porém, esta senhora deve obedecer a limites, a um espaço de opção, sendo a lei, que nada mais é do que a expressão da vontade coletiva, a fronteira da autonomia, considerando que o direito precede e propicia o nascimento do mercado.

Segundo Miranda (1971, t. 23, p. 5), “(...) O direito privado permite aos homens e às pessoas jurídicas poder considerável para a constituição de negócios jurídicos. (...)”. Para o autor, o que se exige à manifestação de vontade, apta a gerar o negócio jurídico, é que ela seja direcionada à produção de determinada eficácia jurídica. Assim, o negócio jurídico constitui, modifica ou extingue relação jurídica.

Portanto, no direito, como processo social de adaptação, sempre haverá a limitação à vontade humana, ou seja, o ordenamento jurídico sempre veda alguns atos humanos ou regula o modo de realização da vontade.

Neste contexto, segundo Miguel Reale (2002), principal expoente na elaboração do Código Civil de 2002, a Parte Geral, os títulos das Obrigações e do

Direito de Empresa, conformaram-se à determinação de função social revelada na Constituição Federal de 1988, como visto nos artigos da Carta Magna anteriormente citados.

É de se observar que o Código Civil de 1916 obedecia, naturalmente, o espírito de sua época, quando o individual prevalecia sobre o social. A norma derogada seria própria de uma cultura fundamentalmente agrária, onde predominava a população rural e não urbana. Notadamente, devido à mudança na forma da sociedade, seria necessário um novo sistema.

Então o “sentido social” foi consignado como uma das características mais marcantes do Código Civil de 2002, em contraste com o sentido individualista que condicionou o Código Civil de 1916. Em outras palavras, o autor diz que se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo-se prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perder, todavia, o valor fundante da pessoa humana. A maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos principais personagens do direito privado tradicional, o proprietário, o contratante e o empresário, no contexto da nova sociedade que emergiu de duas guerras mundiais, foi o fundamento axiológico da função social. (REALE, 2002).

Segundo Miguel Reale (2002) a socialidade, um dos valores que nortearam a elaboração do Código civil, consiste na prevalência dos valores coletivos sobre os valores individuais.

No mesmo sentido, Tomasevicius Filho (2005, 197) aponta que “A função social do contrato é um dos institutos que melhor refletem a idéia de socialidade no Código Civil brasileiro de 2002.”

O primeiro significado de função social, usado em sentido amplo, é o de finalidade ou papel. Desta forma, a função social aparece como imagem da função econômica de determinado instituto. O segundo significado, usado em sentido estrito, é o de serviço realizado em benefício de outrem. Já o terceiro significado é o de responsabilidade social. (TOMASEVÍCIUS FILHO, 2005, p. 200-202)

Desta forma, a função social, especificamente a função social do contrato, pode ser entendida como a finalidade social relacionada com a concepção negativa da liberdade de contratar. O instituto visa coibir o abuso no exercício da liberdade contratual, impedindo que o contrato cause danos socialmente indesejáveis,

impedindo que o exercício de um direito de um indivíduo específico interfira no direito de outrem.

Para Tomasevicius Filho (2005, p. 211), a função social do contrato é um instituto jurídico que se destina à realização da justiça no caso concreto. Trata-se de uma limitação à liberdade de contratar que permite que o contrato alcance seus efeitos regulares, queridos e desejados pelos contratantes e pelo meio social.

Não obstante, a aplicação do princípio da função social deve ser realizada de modo cuidadoso. Utilizada sem critérios implica em responsabilizar socialmente os indivíduos, pessoas físicas e jurídicas, pelas competências estatais. O que gera enriquecimento sem causa para quem a aplicação do instituto eventualmente possa beneficiar. (p. 212)

Conforme verificado, em contraponto à autonomia da vontade, ou melhor, à autonomia privada da vontade, encontra-se a vontade coletiva. Expressa por meio do paradigma da socialidade e verificada no princípio da função social.

Resumidamente, o princípio da função social do contrato seria responsável por densificar o exercício da autonomia, tornando a liberdade mais complexa e responsável, na medida em que busca de um trato contratual justo e solidário. Contudo, como se observa, o caráter interventivo do Estado nas relações econômicas privadas não se daria de maneira ampla e invasiva, sendo somente admissível no âmbito do caso concreto. Assim, a intervenção estatal, fundada na função social, nunca deverá deixar de verificar as opções determinadas pela sociedade e constantes nas leis. (MARTOS e BARRETO, 2019)

Por outro lado, não se deve ignorar o fato de que a empresa não existe sozinha, mas somente na relação com outras empresas e com os adquirentes de seus produtos e serviços. O mercado e o seu papel central na disciplina jurídica abre novos campos de investigação para o direito empresarial, especialmente no âmbito dos contratos. Esta superação da visão estática da empresa, para encará-la também em sua dinâmica, indica que a evolução da teoria dos contratos empresariais, inicia-se no ato, passa a atividade e agora ao converge ao mercado. Ou seja, ato, atividade e mercado indicam a linha evolutiva do contrato empresarial. (FORGIONI, 2009, p. 98-100)

Desta forma, concluímos o tópico e passamos agora ao estudo do que se indica ser o mais recente objeto de estudo dos contratos empresariais: o mercado e a consequente Análise Econômica do Direito.

1.6. O direito dos contratos e a Análise Econômica do Direito

Os estudos interdisciplinares, realizados pela dogmática jurídica, tomaram um ponto central no desenvolvimento das ciências do direito, especialmente no que concerne ao instituto do contrato.

Segundo Luciano Timm (2009, p. 4) para o modelo de Direito e Economia do direito contratual, a proteção dos interesses sociais nem sempre deve ser entendida como interferência judicial em favor da parte mais fraca, especialmente nas relações entre os empresários.

O emprego do contrato e do direito dos contratos não pode ser irresponsável, pois há o risco de se determinar resultados contraproducentes e antieconômicos como, por exemplo, lentidões e retardamento na conclusão dos negócios. (ROPPO, 2009, p. 20-21)

Deve-se entender que a interferência estatal no espaço privado do contrato pode prejudicar os interesses coletivos, ao desarranjar o espaço público do mercado, estruturado sobre as legítimas expectativas dos agentes econômicos. (TIMM, 2009, p. 4)

Preocupada com a realidade, surge a disciplina da Análise Econômica do Direito (AED), também chamada de Estudos de Direito e Economia. Este ramo das ciências sociais tem por objetivo aplicar ao estudo do Direito os métodos e instrumentos típicos das ciências econômicas. É uma forma interdisciplinar de produção de conhecimento, de caráter predominantemente prático, baseada na extrapolação da teoria microeconômica. (OLIVEIRA, 2016)

A Análise Econômica do Direito surge para estudar o impacto das regras e decisões jurídicas sobre o comportamento contratual.

Assim, deve-se atentar que a busca por lucros altos é a razão da inovação em uma economia de mercado, como a economia brasileira, e que, na busca por estes lucros, as partes agem com racionalidade. Então, caso o Estado preocupe-se mais em assegurar a força vinculativa dos contratos, os agentes econômicos terão a consciência que podem cometer erros e desenharão o contrato de forma que determinem o risco da maneira mais apropriada.

Além disso, existe uma tese econômica que sustenta que o aumento do Produto Interno Bruto (PIB), decorrente da segurança jurídica, por si só seria capaz de causar outras melhorias sociais, como, por exemplo, a redução da pobreza. Já que o aumento de circulação dos bens na Economia é um ingrediente do valor social e fornece as condições materiais para melhoria das condições de vida das pessoas. (OLIVEIRA, 2016) Em outras palavras, a maximização da riqueza é um instrumento que deve ser perseguido para a melhoria das condições sociais. (TIMM, 2009, p. 26)

Neste sentido, o argumento mais forte, a favor da maximização da riqueza, enquanto parâmetro normativo, é de natureza pragmática, na medida em que os agentes devem permanecer preocupados com as consequências de suas ações. Nesta senda, a fórmula geral de maximização da riqueza seria uma espécie de princípio geral, ligado à ideia de livre mercado, valor a ser perseguido e observado pelo Direito. (OLIVEIRA, 2016)

Deve-se entender que sem o devido respeito aos contratos, os mais fortes se apoderariam dos bens dos mais fracos. Sem a garantia da propriedade, as pessoas não teriam interesse em produzir novas riquezas e os bens não circulariam dos que valorizam menos para os que valorizam mais, o que geraria estagnação econômica. Não haveria possibilidade de criação de valor dentro de uma economia, muito menos de melhoria da condição social. (VERÇOSA, 2010)

Pois, seguindo-se o paradigma de Direito e Economia, os bens e serviços deverão circular de acordo com a vontade das partes, expressa nos contratos, sendo direcionados à parte que mais os valorize. (TIMM, 2009, p. 24)

Para Verçosa (2010), a Economia preocupa-se com a racionalidade econômica, enquanto que o Direito preocupa-se com a racionalidade jurídica. Todavia, segundo Timm (2009), os juristas parecem não estar muito preocupados com estatísticas como estão os economistas.

Conforme já visto nos capítulos anteriores e realizando-se um diálogo entre os autores Enzo Roppo (2009) e Pontes de Miranda (1974, t. 23 e 38), pode-se afirmar que o suporte fático do contrato, categoria ponteana, deve incluir não só a vontade, como informa este último autor, mas também a operação econômica, consoante preleciona o primeiro.

Diante dessa interferência mútua entre a Ciência do Direito e a Ciência da Economia, pode-se chegar à conclusão de que tanto as instituições jurídicas, quanto as instituições sociais, tanto o dever-ser, quanto o próprio ser, regulam a economia.

Mas a regulação jurídica, o dever ser, só perdura enquanto for eficiente sob o ponto de vista econômico, só perdura enquanto lastreada no ser. (VERÇOSA, 2010)

A premissa que aqui se propõe é a de que existiria algo no mundo do ser, no mundo dos fatos, da Economia, que determinaria o mundo do dever-ser, o mundo das normas, do Direito.

Então, para a Economia, o papel do Direito seria a adoção de medidas para minimizar os efeitos perversos do descumprimento contratual, aumentando a eficiência dos investimentos.

Igualmente, pode-se concluir que o Direito também tem que se preocupar com a alocação ótima de riscos e com a incerteza quanto às interpretações judiciais, que dificultam a alocação de riscos, alocação eficiente de recursos, por parte dos contratantes, numa economia de livre mercado, como a nossa, repise-se.

Portanto, considerando que os contratos ocorrem em um ambiente de limitações orçamentárias, sendo estes, na essência, projetos de benefício mútuo, para a AED, a maximização da riqueza surge como fundamento axiológico do Direito, baseada no Utilitarismo.

Esta filosofia, o Utilitarismo, sustenta que o valor moral de uma ação deve ser julgado pelo seu efeito na promoção da felicidade dos envolvidos. Ela apregoa que o valor moral das ações é o agregado do “prazer” sobre a “dor”, em toda a sociedade. (OLIVEIRA, 2016)

Assim, o equilíbrio de mercado e a eficiência econômica seriam as bases fundantes desta forma de compreender e pensar o Direito. (POSNER, 2010)

Aparentemente, o direito possui uma tendência monótona para sofrer mutações, no sentido de melhorar a condição humana, obedecendo a uma ideia de progresso, que estaria ligada ao conceito de eficiência econômica. (OLIVEIRA, 2016)

Embora, saiba-se que nem sempre este progresso da História Humana é retilíneo, sem um ordenamento jurídico e um Poder Judiciário que garantam o cumprimento das obrigações assumidas, os interessados não podem formular um contrato ótimo, que seja bom para ambos, pois não conseguem alocar os riscos e benefícios de forma precisa. (POSNER, 2010)

Não obstante, se as partes fossem mais claras sobre os seus reais interesses ao estipular as cláusulas e redigir as minutas, os tribunais teriam menos trabalho ao integrar o conteúdo dos contratos. Todavia, observa-se que tanto a legislação

quanto as próprias partes tendem a criar normas jurídicas ineficientes, em desarmonia com a real vontade dos indivíduos e do mercado, havendo uma inclinação à judicialização das questões. Assim, regras de direito ineficientes geram custos contratuais maiores do que regras eficientes. (POSNER, 2010; OLIVEIRA, 2016)

Desta maneira, o “cálculo econômico de direitos”, realizado por juízes, que não tem o conhecimento prévio e necessário sobre a alocação dos riscos, seria o equivalente judiciário à economia centralizada, que distribui os bens às pessoas sem levar em consideração os preços. O resultado agregado das leis, da regulamentação estatal e das decisões jurídicas, possui implicações na Economia que devem ser levadas em consideração. Portanto, os juízes e os legisladores, ao exercerem a função de criadores do direito, devem refletir sobre a eficiência econômica. (OLIVEIRA, 2016)

Desta forma, os aplicadores e realizadores do Direito, especialmente os tribunais, que não dispõem de estatísticas para medir o real impacto de suas decisões, devem observar o fato de que as partes empresárias têm mais informações, principalmente informações que as cortes não possuem, sobre as preferências dos contratantes. (POSNER, 2010; TIMM, 2009)

Nesta senda, a Teoria Econômica do Direito, outra denominação para Análise Econômica do Direito ou Estudos de Direito e Economia, aponta algumas soluções para os problemas acima elencados. Exemplos: redução da assimetria da informação por meio de intervenção do Poder Judiciário; aumento aos incentivos para o adimplemento do contrato, aumento das penalidades para o deliberado descumprimento contratual, entre outras, o que elevaria o nível de coordenação entre as partes contratantes. (VERÇOSA, 2010)

Conforme Timm (2009, p. 21), o paradigma da AED supera a visão paternalista estatal, uma vez que exsurge do individualismo. Nestes termos, entende-se que uma parte somente irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício, consoante estipula a Teoria dos Jogos.³

Realizando uma crítica, Luciano Timm (2009, p. 4) informa que “a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança ao

³ Para uma introdução à Teoria dos Jogos ver CAMPOS, C. R.; CARDOSO, M. J. R. A Teoria dos Jogos e a mente brilhante de John Nash. **Revista de Filosofia y Ciências – Prometeica**, p. 89-104, 2015.

ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos.”

Desta forma, para Verçosa (2010) informa que a insistência dos economistas na análise de incentivos, estímulos à cooperação e coordenação de expectativas começa a penetrar o universo jurídico.

Sintetizando, a Análise Econômica do Direito conclui que as consequências da insegurança jurídica são o aumento nos custos de transação relacionados à internalização do risco contratual, o aumento geral dos preços no mercado e a diminuição da demanda. (LUPI, 2019)

Nestes termos, a AED também preocupa-se, também, com a importância da interpretação judicial dada aos contratos empresariais. Considerando que tribunais que se recusam a impor a execução dos termos contratados reduziram o bem estar geral das partes, dos players econômicos e da própria sociedade.

Sobre a hermenêutica contratual, Pontes de Miranda (2001, t. 3, p. 365) informa que a interpretação dos atos jurídicos é o complexo de operações com que se procura estabelecer o que é o ato humano, entrando no mundo jurídico, e quais os efeitos que produz. Para se interpretar, deve-se observar o corpo de princípios, regras, critérios e processos técnicos com que se levam a cabo tais operações e se atinge tal finalidade, são regras de interpretação, algumas legais, em sentido estrito, ou extraídas do sistema jurídico e outras da experiência.

O que se procura ao interpretar é o que o ato humano contém, qual a determinação do conteúdo lógico e jurídico precisa, qual a relação jurídica que se compôs. Descrevendo, por consequência, os efeitos que se irradiaram. “(...) Interpretar negócio jurídico é indagar e revelar o significado que se deve atribuir à manifestação de vontade, ou às manifestações de vontade de que resultou o negócio jurídico. (...)” (MIRANDA, 1971, t. 38, p. 69)

Assim, conforme Miranda (1971, t. 38, p. 70), quando se interpreta o negócio jurídico declara-se a vontade e se procuram os seus limites e conteúdo. O primeiro enunciado a ser indagado diz respeito à existência do negócio. Depois, verifica-se a validade. Finalmente, a eficácia. O questionamento diz respeito se o negócio jurídico realmente foi concluído e qual a lei que o rege. Não menos importante é o fato de que o ato de interpretação, pela sua própria natureza, possui uma carga de imprevisibilidade.

De acordo com Oliveira (2016), o fundamento de determinada decisão judicial, de determinada interpretação, frequentemente é ocultado pela retórica característica dos julgados, sendo possível encontrar um caráter econômico sob esta superfície retórica, ainda que as próprias cortes não reconheçam as implicações econômicas de suas decisões.

Na tradição do *civil law*, os juízes possuem um certo espaço de manobra a partir do qual, efetivamente, criam direito (OLIVEIRA, 2016). Tal fenômeno é facilmente verificável quando se estuda as decisões dos tribunais.

Assim, para a AED, há uma expectativa de que, nos contratos mercantis, as cortes apliquem usos e os costumes comerciais, o que favoreceria a economia, pois haveria previsibilidade das decisões judiciais. (POSNER, 2010)

Para Guimarães (2020), observa-se que o costume mercantil, chamado de usos comerciais de direito, pode ser definido como toda prática social ou econômica generalizada e constante no âmbito das relações comerciais, quando acompanhada da convicção de obrigatoriedade, mesmo sem um substrato normativo concretizado. Doutro lado, os usos mercantis, ou usos mercantis de fato, podem ser definidos como as práticas sociais, uniformes e estáveis, presentes nas relações comerciais, que apenas se mantêm em virtude de sua mera reiteração, estando desacompanhados de qualquer convicção sobre a obrigatoriedade jurídica.

Não obstante, ainda segundo o mesmo autor, há de se observar que uma terceira linha de pensamento afirma que, nos dias atuais, a distinção entre os termos, usos e costumes, está superada, servindo, tanto o costume, quanto o uso, para exprimirem a mesma ideia, qual seja, padrão de comportamento observado como regra obrigatória. Logo, a discussão sobre esta distinção dos termos, usos ou costumes, teria valor meramente de referência teórica, não exercendo influência nas discussões contemporâneas.

Embora os usos e costumes não possam ser todos previstos em lei, uma vez que é impossível à norma alcançar todos os fatos humanos, a própria Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, no artigo 4º, determina que, quando a lei for omissa, o juiz deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Além disso, há casos em que a própria lei prevê que se utilize o costume como fonte direta, ou seja, há casos em que os costumes comerciais são absorvidos pelo direito civil. Por exemplo, o artigo 488 do Código Civil diz que

convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.

Desta forma, verificando que os aplicadores do direito trabalham com a interpretação da norma, contratual ou legal, verifica-se que muitas controvérsias contratuais dependem de questões interpretativas, submetidas aos tribunais.

A título de exemplo, citamos alguns julgados do STJ nos quais a corte definiu as controvérsias contratuais por meio da interpretação.

a) a tutela do compromissário comprador titular de contrato não registrado pela via dos embargos de terceiros (súmula 84); b) a permissão da *accessio temporis*, ou seja, da contagem de prazos de contratos seguidos para perfazer o requisito de cinco anos para o exercício da ação renovatória da locação comercial, mesmo que haja hiatos breves entre os períodos de vigência dos pactos escritos [4ª T., REsp nº 14.540-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 20/2/1997; 5ª T., REsp nº 43.812-SP, Rel. Min. Assis Toledo, j. 4/4/1994] c) extensão de falência a terceiros, seja a controladores, seja a outras sociedades – sem participação de capital na falida –, independentemente de ação autônoma; [3ª T., REsp nº 1259020-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 9/8/2011] d) admissão da desconsideração da personalidade jurídica, mas segundo sua teoria maior, que exige o intuito de fraude ou a confusão patrimonial, e não apenas a insuficiência patrimonial; e e) dissolução parcial da companhia fechada, quando seus acionistas integram pequeno grupo familiar, não mais havendo *affectio societatis*, e inexistindo lucros por longos anos. (FORGIONI E CAMILO JÚNIOR, 2020)⁴

Lendo os julgados citados por Forgioni e Camilo Junior (2020), verifica-se que a Súmula 84 do STJ firmou entendimento da corte no sentido de que seria admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que contrato de promessa fosse desprovido do registro. Em nosso entender, a interpretação da corte possibilita o prolongamento da discussão judicial, gerando a indesejável insegurança jurídica necessária aos contratos empresariais, observando que, mesmo na fase de cumprimento de sentença, inclusive transitada em julgado, permite-se a quem não registrou a promessa de compra e venda opor embargos à execução.

Já no Recurso Especial n. 14.540-SP, o STJ entendeu que se breve o interregno entre os contratos escritos, seria permitido o *accessio temporis* para viabilizar o perfazimento do prazo mínimo legal, exigido na Lei de Luvas para a renovação da locação. No caso em comento, a corte interpretou como “breve” o

⁴ Não obstante a interessante questão da definição das controvérsias contratuais por meio da interpretação, realizada pelo STJ e catalogada por Forgioni e Camilo Júnior (2020), catalogação que, aparentemente, necessita de um levantamento atualizador, a fim de verificar decisões dignas de observação, por hora, este trabalho limita-se ao corte epistemológico definido nos objetivos. Ficando a ressalva da necessidade de desenvolvimento em futuras pesquisas.

período de quatro meses de contrato verbal entre dois contratos escritos, o primeiro de 5 anos e o segundo de 12 meses. Não obstante, em sentido diametralmente oposto, a disposição do artigo 2º, alínea “b”, do Decreto n. 24.150/34 (Lei de Luvas), determina que o prazo mínimo da locação, do contrato a renovar, deve ser de 5 anos.

Por último, apenas para fins de ilustração, sem exaurir as decisões do Superior Tribunal de Justiça, catalogadas por Forgioni e Camilo Junior (2020), no Resp. 1.259.020 SP, constata-se que o STJ entendeu por estender os efeitos da falência às sociedades coligadas, sendo desnecessário ação autônoma, inclusive com decisão *inaudita altera parte*, quando dois grupos econômicos, promoverem negócios lícitos mas com o intuito substancial de desviar patrimônio da empresa pré-falimentar. Na decisão, a despeito da falta de citação, sem adentrar na matéria de fato, Súmula 7, também do STJ, a corte entendeu por interpretar “grupo econômico”, dando sentido ao termo “sociedades coligadas” quando uma sociedade exercesse influência sobre as decisões de política financeira ou operacionais de outra, sem sequer controlá-la.

Portanto, o que se indica, por meio da Análise Econômica do Direito, ao menos nos contratos interempresariais, é que os tribunais devem evitar a interpretação discricionária das cláusulas do contrato livremente entabulado. As cortes devem buscar reduzir a utilização de termos genéricos na fundamentação de suas decisões, limitando a aplicação de termos como “justiça social” e “função social” com vistas a mascarar a redistribuição de riqueza e intervenção na propriedade. (TIMM, 2009, p. 33)

Observando o fenômeno da intervenção judicial, Oliveira (2016) informa que nos últimos anos, houve uma ascensão do Poder Judiciário à condição de ente ativo na formulação de políticas públicas no Brasil, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, bem como houve uma explosão da aplicação dos princípios do direito.

Para o autor (2016), a porosidade dos conceitos que se relacionam à aplicação de princípios é tão grande que estes institutos jurídicos podem ser utilizados de maneira a justificar praticamente toda e qualquer política pública intervencionista. Em certo grau, princípios e políticas públicas seriam dois lados da mesma moeda, na medida em que os valores positivados no ordenamento jurídico,

em forma de princípios, seriam expressão das políticas, explícitas ou implícitas, que prevalecem em determinado momento.

De tudo apresentado, entendemos que equilíbrio de mercado e eficiência econômica são formas de pensar dissociadas do vetor de socialidade e do princípio de função social elencados no Código Civil de 2002. Isto considerando que o suporte fático do contrato empresarial é a operação econômica com finalidade de lucro e que os princípios sociais, num primeiro momento, afastam a regulação do direito empresarial do Código Civil.

Nestes termos, conforme já visto, depreende-se que a forma de compreender o contrato pelo prisma da Análise Econômica do Direito é incompatível com a função social e a socialidade. Como projeto de benefício mútuo, o interesse a ser buscado pelo contrato empresarial é o das partes envolvidas, leia-se lucro, e não o benefício social, que, não obstante, é alcançado pela via transversa.

Arremata Timm (2009, p. 17) que, na esteira do paradigma “solidarista”, considerando a natural desconfiança do jurista no processo de barganha, decorrente da formação acadêmica dissociada do estudo econômico, substitui-se a regulação do contrato, feita pelos próprios sujeitos contratuais, com base na autonomia, pela regulação interventiva do Estado, heterônoma, reformulando a divisão do benefício econômico criado pelo pacto.

Além disso, todo esse fenômeno é baseado em uma legislação própria do Estado Social, caracterizada pela maior abstração das normas jurídicas, linguagem ampla e com vistas à resolução judicial.

Portanto, atentando-se ao fato de que o direito mercantil tem bases próprias, que não se confundem com os alicerces de socialidade do Código Civil, entendemos que a lógica de pensar o direito dos contratos empresariais é outra, não se confunde com a lógica própria para as relações comuns. Sustentamos que a lógica para os contratos empresariais aproxima-se mais da Análise Econômica do Direito do que do paradigma de socialidade.

Entenda-se, embora a função social nos contratos empresariais seja um limite à autonomia privada da vontade, estes contratos tem por base o lucro.

Nesses termos, sustenta Luciano Timm (2009, p. 34) que o Estado não precisaria, necessariamente, intervir na relação contratual para redistribuir o saldo positivo gerado. Bastaria a criação de regulação legal a fim de evitar o abuso de

poder econômico, com vistas à divulgação de informações sobre os produtos, ações, companhias, etc.

Portanto, há uma necessidade de se reconhecer a existência do mercado, como um espaço público de interação social e coletiva, no qual os contratos ocorrem, gerando situações de equilíbrio. Com efeito, vale dizer que o mercado existe como instituição social espontânea, como fato, e a intervenção judicial, sem observação das premissas apontadas neste trabalho, geram mais prejuízos do que benefícios. (TIMM, 2009, p. 23)

Assim, caberia ao direito dos contratos empresariais oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção jurídica, de forma à minimizar problemas de comunicação entre as partes, resguardar os ativos de cada um dos agentes, criar proteção contra o comportamento oportunistas, gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco e facilitar a interação com o direito antitruste, regulando o mercado acionário, com proteção ambiental e dos consumidores. (TIMM, 2009, p. 38)

Enfim, concluímos que a opção pela discussão dos vícios da vontade, da manutenção do equilíbrio prestacional inicial, desloca o fato de que a distribuição de riscos está presente na estrutura negocial e nas práticas sociais, direcionando, mais uma vez, o retorno do estudo do jurista ao papel da dogmática do contrato empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que o contrato é um fato jurídico em sentido amplo, já que decorre de uma ação humana. É um ato jurídico em sentido amplo, uma vez que os efeitos jurídicos são voluntários. Busca um resultado juridicamente protegido, ou não proibido, e possível. Tem por elementos a exteriorização da vontade, a consciência da vontade e a possibilidade de um resultado lícito e possível. É um negócio jurídico, porque visa à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados livremente à vontade das partes, havendo a possibilidade de se estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante conforme o elemento volitivo. É um negócio jurídico bilateral, porque necessita de duas manifestações de vontades diferentes, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre o mesmo objeto.

Assim, verifica-se que a manifestação de vontade é o elemento essencial do suporte fático do negócio jurídico chamado contrato, o qual surge para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos.

Se o ser humano não pudesse realizar os contratos, não se poderia falar de personalidade. Ou seja, escolher, optar, é o que qualifica o homem como pessoa.

Como espécie que é, o contrato mercantil - comercial ou empresarial, a depender da teoria que se adote - representa a tradução científico-jurídica da operação econômica. Preocupa-se com a circulação de riquezas. Logicamente, onde não há operação econômica, não pode haver também o contrato mercantil.

O emprego da terminologia adequada, contrato comercial ou contrato empresarial, de forma técnica, depende da teoria em que se firma: teoria dos atos de comércio, no primeiro caso; teoria da empresa, no segundo. Embora este trabalho, buscando tornar a leitura menos cansativa, utilize os termos contratos mercantis, contratos comerciais e contratos empresariais como sinônimos.

Simplificando, a teoria dos atos de comércio baseava-se num rol de atividades predeterminadas pelo legislador, enquanto que a teoria da empresa relaciona-se ao exercício da atividade econômica organizada. Logo, num contexto do atual estágio do capitalismo, os contratos mercantis somente podem ser compreendidos como contratos empresariais.

Conforme visto, uma das características mais marcantes do Código Civil de 2002 foi a tentativa de unificação das obrigações de direito privado. Ou seja, tentou-

se englobar, num único diploma normativo, as obrigações do direito civil e as do direito empresarial, assim denominadas em face da acolhida da teoria da empresa. Logo, a autonomia e a existência dos contratos empresariais passou a ser contestada por parte da doutrina.

Contudo, a mera transposição de alguns tipos contratuais do Código Comercial para o Código Civil não representou, com certeza, a unificação do direito obrigacional em nosso sistema normativo.

O legislador de 2002 ignorou a distinção entre direito comum e direito especial. Embora a ciência jurídica repute como necessária a unificação do direito das obrigações, tal fato não se confunde com a absorção do direito mercantil pelo direito civil. A comercialidade é conteúdo do ato, não da obrigação. Assim, não se deve confundir obrigação com o contrato, isto é, não se deve confundir o efeito com a causa.

Regular as fontes, as origens das obrigações, os contratos civis e os contratos comerciais, numa única lógica, é desconsiderar as diferentes naturezas e fundamentos de cada regime.

Sob o pretexto de promover a unificação de uma parte restrita do direito privado, no tocante ao direito das obrigações, o Código de 2002 invadiu, de modo assistemático, a estrutura especializada, consistente e harmônica do direito comercial.

Assim os contratos derivados de sede obrigacional mercantil não se confundem e jamais podem merecer o mesmo tratamento normativo do contrato civil.

Neste termos, embora mereça um estudo mais aprofundado, entendemos que os fundamentos do direito empresarial são incompatíveis com o regime de “socialidade”, prevalência dos valores coletivos sobre os valores individuais, trazidos pelo Código Civil de 2002. A razão de ser do direito empresarial é a troca com objetivo de lucro, uma vez que o direito empresarial é o suporte jurídico do capitalismo. A função social é protegida sim pelo direito empresarial, mas este não é o seu fundamento.

Em contraponto à autonomia privada da vontade, encontra-se a vontade coletiva. Expressa por meio do paradigma da socialidade e verificada no princípio da função social.

O princípio da função social do contrato seria responsável por densificar o exercício da autonomia, tornando a liberdade mais complexa e responsável, na medida em que busca de um trato contratual justo e solidário.

Por outro lado, depreende-se que a diferença dos contratos civis para os mercantis reside nas características especiais destes últimos. Não obstante, não há um consenso sobre quais seriam estas particularidades, exceto o escopo de lucro e o elemento subjetivo, presença do empresário em ambos os polos.

Considerando o escopo de lucro e a incompatibilidade com o regime de socialidade, as intervenções corretivas do Poder Judiciário, para tentar igualar materialmente os contratantes, não podem restringir a liberdade de contratação, quando o contrato mercantil não viola o ordenamento jurídico.

Portanto, o contrato mercantil deve ser entendido como uma instituição social que serve para reger a voluntária e regular circulação de riquezas, base da Economia, permitindo a distribuição de riscos.

Preocupada com a realidade, surge a disciplina da Análise Econômica do Direito (AED) que tem por objetivo aplicar ao estudo do Direito os métodos e instrumentos típicos das ciências econômicas, principalmente da teoria microeconômica.

O postulado clássico da Microeconomia é o de que os homens agem conforme a sua razão. Logo, para a AED, o jurista deveria se preocupar com as consequências da aplicação da norma, compreendendo o contrato como um projeto com benefício mútuo.

Depreende-se que a forma de compreender o contrato pela Análise Econômica do Direito é incompatível com a diretriz de socialidade e o princípio da função social do Código Civil de 2002.

Com a AED, a maximização da riqueza, o equilíbrio de mercado e a eficiência econômica surgem como fundamento axiológico do Direito. Tais critérios têm suas bases no utilitarismo. Esta forma de compreender e pensar o Direito dissocia-se do vetor de socialidade e do princípio de função social elencado no Código Civil de 2002.

Em consequência a AED entende que o cálculo econômico de “direitos”, realizado por juízes, que não tem o conhecimento prévio e necessário sobre a alocação dos riscos, por vezes, é equivocado.

Repise-se, embora nunca deixe de existir a necessidade de proteção da função social, entendemos que a lógica para os contratos empresariais aproxima-se da Análise Econômica do Direito. O que trás o questionamento: será que o direito mercantil como um todo e os contratos mercantis como parte, não mereceriam uma ou várias regulamentações autônomas, fora do Código Civil de 2002? Tal questionamento direciona, mais uma vez, o retorno do estudo do jurista ao papel da dogmática do contrato mercantil.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos de Moreira. **Direito Romano**. 18ª ed. ver. Rio de Janeiro. Editora Forense/Gen, 2018 (livro digital)
- BENJAMIN, Antônio Hermam; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. **Revista dos Tribunais**, jun/2008, p. 11-42.
- BRASIL. **Decreto n. 2.662, de 9 de outubro de 1875**. Autoriza o Governo a supprimir os Tribunaes e Conservatorias do Commercio e a organizar Juntas e Inspectorias commerciaes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL2662-1875.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.662%2C%20DE%209,organizar%20Juntas%20e%20Inspectorias%20commerciaes.>. Acesso em: 07 jul. 2020.
- _____. **Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 13 jan. 2020.
- _____. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- _____. **Jornadas de Direito Civil Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej#:~:text=Re%C3%BAne%20as%20palestras%20proferidas%2C%20as,13%20de%20setembro%20de%202002.>>. Acesso em: 07 jul. 2020.
- _____. **Jornadas de Direito Comercial**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial>>. Acesso em: 07 jul. 2020.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020

_____. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. **Recurso Especial 1.259.020-SP.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079032&num_registro=201001345577&data=20111028&formato=PDF>. Acesso em: 21 jul. 2020.

_____. **Recurso Especial 14.540-SP.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100184284&dt_publicacao=14-04-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Senado notícias:** Comissão para reforma do Código Comercial será instalada nesta quarta. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/24/comissao-para-reforma-do-codigo-comercial-sera-instalada-nesta-quarta>>. Publicado em: 24 set. 2019. Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. **Súmula 84 do STJ.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula84.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020.

CAMPOS, C. R.; CARDOSO, M. J. R. A Teoria dos Jogos e a mente brilhante de John Nash. **Revista de Filosofia y Ciências – Prometeica**, p. 89-104, 2015.

CARNEIRO FILHO, Humberto João; VIANA, Raphael Fraemam Braga. Breve Ensaio sobre a Autonomia dos Contratos Interempresariais. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v. 63, p. 103-124, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (livro digital)

_____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. Vol. 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (livro digital)

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro da mercancia ao mercado**. São Paulo RT, 2009.

_____. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 300 p.

FORGIONI, Paula Andrea; CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. **O STJ e o direito comercial**. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/302449/o-stj-e-o-direito-comercial>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

GUIMARÃES, Sarah Cristina Souza. **A história dos usos e costumes comerciais e a evolução do direito comercial**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6d620ec78d3291c3>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Os contratos comerciais na declaração dos direitos de liberdade econômica (MP 881/19). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 1, 2019.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTOS, Fred; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. MEDIDA PROVISÓRIA–MP 881-COMENTÁRIOS. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 227, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 503 p. t. 23.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 447 p. t. 38.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2001. 596 p. t. 3.

_____. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. 799 p. t. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20ª ed. Editora Saraiva, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**, vol. 3. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Editora Forense/Gen, 2016 (livro digital)

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. (livro digital)

OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. **Eficiência e direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir da obra de Richard Posner**. 2016. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

OLIVEIRA FILHO, Ivanildo de Figueiredo Andrade de. **Teoria crítica da empresa**. São Paulo: IASP, 2018. 631 p. (livro digital)

PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. Vol. III, 21ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense/Gen, 2018 (livro digital)

POSNER, Eric Posner. **Análise econômica do Direito Contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?** Editora Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto de Código Civil. In: **Comentários sobre o projeto de Código Civil Brasileiro**. Série Cadernos do CEJ, v. 20. Brasília. 2002.

_____. **Lições preliminares de Direito**. Editora Saraiva, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 26ª ed. Saraiva. São Paulo. 2005. 513 p. v. 1. (livro digital)

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial: Parte Geral**. Tradução do Italiano pelo professor Cabral de Moncada. São Paulo. Saraiva & C. Editores, 1934, 512 p.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, Brasília, jul./set. 2004

ROPPO, Enzo. **O contrato** (trad.). Coimbra, Almedina, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. 175 p. (Livro digital)

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. **Revista da AMDE**, [S.l.], v. 2, jul. 2009. ISSN 2175-5590. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato. **Revista de Informação Legislativa**, v 42, n. 168, p. 197-214, Brasília, out./dez. 2005

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. 860 p. v. 1. (livro digital)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017 (livro digital)

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**: Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 4. t. I.