



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 4

DIREITO COMERCIAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 4

Fábio Ulhoa Coelho

Marcus Elidius Michelli de Almeida

São Paulo

2018

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO COMERCIAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO COMERCIAL | ISBN 978-85-60453-44-3

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo IV (recurso eletrônico)
: direito comercial / coords. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida -
São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONTRATOS EMPRESARIAIS

Marcia Carla Pereira Ribeiro

INTRODUÇÃO

Para o Direito, contrato é normalmente tido como um acordo entre duas ou mais pessoas, para entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial. Empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. O contrato celebrado entre empresas é chamado de contrato empresarial e por estar inserido num contexto diverso do contrato celebrado entre particulares, exige uma compreensão e um tratamento diferenciado que prestigie as suas especificidades e função.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Noção de contrato e propostas de classificação.....	2
2. Noção de empresário.....	9
3. Contrato empresarial e direito contratual.....	12
4. Especificidades do contrato empresarial.....	15
Referências	19

1. NOÇÃO DE CONTRATO E PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO

Na vida em sociedade, muitas vezes, as pessoas realizam negócios jurídicos para disciplinarem seus interesses e o instrumento que mais comumente os viabiliza é o contrato, seja ele escrito ou verbal.

O Código Civil Brasileiro disciplina a matéria de contratos na Parte Especial, Livro I, sendo que no Título V trata “Dos Contratos em Geral” e Título VI disciplina “Das Várias Espécies de Contratos”.

O conceito jurídico de contrato pode ser definido um acordo de duas ou mais partes para entre si, constituir, regular, modificar ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial disponível, ou como “instrumento de compatibilização de direitos disponíveis na busca de sua harmonização, para que deem origem a negócios jurídicos”.¹

Para Caio Mario da Silva Pereira, “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”, ou ainda, de forma mais sucinta, “o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.²

O contrato pode ser compreendido como a mais comum das fontes das obrigações.³ Maria Helena Diniz ensina que a fonte das obrigações é o fato jurídico, podendo ser classificada como fonte mediata das obrigações a vontade humana ou fato humano (contrato, declaração unilateral de vontade e atos ilícitos) e como fonte imediata a lei.⁴

A lei é que disciplina, reconhece, sanciona e garante as obrigações expressas num contrato e também é a lei que, muitas vezes, define a forma, assim como a sua validade.

O elemento volitivo é o elemento essencial para o contrato, propriamente dito, entretanto, a ideia de contrato, na atualidade, deve ser compreendida dentro de um contexto histórico que lhe antecede, especialmente no que diz respeito ao papel da vontade, qual seja, da autonomia da vontade.

Fabio Ulhoa Coelho⁵ define a evolução do direito contratual em três modelos fundamentais. Primeiramente o *modelo liberal*, caracterizado pela prevalência da vontade das partes, o segundo, *modelo neoliberal*, caracterizado pela interferência do Estado, substituindo, muitas vezes, a vontade manifestada pelas partes, por regras de direito

¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 56.

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, p. 7.

³ Neste sentido MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, p. 47.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, pp. 3-4.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*, p. 5.

positivo, e o terceiro, o *modelo reliberalizante*, que é o modelo da atualidade, ainda em formação, caracterizado pela distinção entre o contrato firmado pelos iguais e o contrato firmado entre desiguais, prestigiando a vontade das partes naquele, e protegendo o economicamente mais fraco neste.

A massificação, característica de determinados negócios na sociedade contemporânea, modificou o perfil clássico atribuído ao papel do elemento volitivo na formação do contrato e na gênese de seu poder de vinculação, assim, “o afastamento da vontade das partes como principal elemento na gênese dos contratos não permitiu que se continuasse a considerá-la a razão de ser do poder vinculante do instrumento contratual”.⁶

Não se trata da morte do contrato clássico, mas sim da sua transformação para atender ao mercado e à organização social, especialmente quando se considera as necessidades dos indivíduos e empresas na aquisição de bens e serviços.

Os princípios tradicionais que orientaram a formação da teoria clássica do contratos podem ser definidos como (i) autonomia privada (ii) força obrigatória e (iii) relatividade, entretanto, estes princípios estão sendo flexibilizados em decorrência do crescimento de novos princípios tais como a (iv) boa-fé objetiva, (v) função social do contrato, (vi) reequilíbrio econômico financeiro do contrato e (vii) identificação da função econômica do contrato.

Os princípios da boa fé objetiva e da função social do contrato estão previstos, respectivamente, nos arts. 422 e 421 do Código Civil Brasileiro.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira,⁷ a função social do contrato permite uma interpretação limitativa da autonomia da vontade, quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer.

Também é possível que se identifique na função social do contrato a preocupação do legislador em relação à expectativa daquele que contrata, relacionada à estabilidade da relação jurídica e, nesta medida, nada acrescentaria à noção de boa-fé objetiva.⁸

⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 63.

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, pp. 13-14.

⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 38, não haveria uma associação direta entre boa-fé e função social, mas caso se insista nessa associação explicam que “o adequado reconhecimento da importância da boa-fé objetiva, pelo intérprete do contrato e da lei, mostrar-se-á um importante instrumento de preservação de

Para Paula Forgioni, sob o ponto de vista dos negócios, a boa-fé estaria atrelada ao desenvolvimento do mercado, ou seja, ao ser prevista na lei, a boa-fé deve ser interpretada de forma objetivada, que significa dizer deva ser aquela incorporada segundo os padrões de comportamento normalmente aceitos em determinado mercado.⁹

Silvio Venosa, diferenciado a boa-fé objetiva da subjetiva, esclarece que nesta “o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio.”¹⁰ Para ele há “um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”, enquanto naquela “o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando-se em consideração os aspectos sociais envolvidos”, e conclui que “a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”.¹¹

Assim, ao descumprir com o dever de boa-fé, o contratante incorre num ato ilícito, passível de indenização pelos prejuízos causados, como alerta Fábio Ulhoa Coelho.¹²

Quanto aos requisitos de validade do contrato, que são os elementos essenciais à sua existência, podem ser divididos em *gerais*, que são aqueles aplicáveis a quaisquer contratos, dizem respeito à (i) capacidade do agente, (ii) objeto lícito e possível (iii) consentimento dos interessados, e requisitos *particulares*, que são específicos de determinadas espécies de contratos, por serem ligados à sua forma.¹³

O contrato, por ser um negócio jurídico, deve preencher todos os requisitos estabelecidos no art. 104, do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, os contratos ainda podem ser classificados de acordo com a aproximação ou distanciamento que um fato jurídico guarda em relação ao

mercado e da concorrência, garantindo por exemplo, a lealdade de competição, sem a qual não existe a própria noção do primeiro. Se a função social for tomada no sentido de exigir-se da conduta individual que atue de forma a preservar a liberdade de concorrência e o mercado, encontrar-se-á um traço de semelhança entre boa-fé objetiva e função social do contrato”.

⁹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de direito mercantil*, v. 130, p. 28.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 412.

¹¹ *Ibidem*.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*, p. 33.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, p. 13.

campo de incidência de determinadas normas, devendo ter como principal finalidade o auxílio à orientação da superação dos conflitos de interesses.¹⁴

Para Fábio Ulhoa Coelho, os contratos podem ser classificados quanto à estrutura ligada ao dever obrigacional em (i) *unilaterais*, quando apenas um dos contratantes tem obrigações a cumprir, como ocorre na doação pura, comodato, fiança e mútuo e (ii) *bilaterais*, se todos os contratantes têm obrigação a cumprir, como por exemplo a compra e venda, doação gravada, o depósito e o seguro.¹⁵

Os contratos bilaterais, por sua vez, podem ser subdivididos em (i) *sinalagmáticos*, quando se opera com equivalência entre as obrigações dos contratantes e (ii) *dispares*, se a equivalência não existe. Essa classificação não é usual na doutrina, por se considerar comumente que todos os contratos bilaterais são sinalagmáticos.

Quanto à vantagem econômica, os contratos podem ser divididos em (i) *onerosos*, quando a regular execução do contrato implica vantagem econômica para todos, como por exemplo, compra e venda e locação, e em (ii) *gratuitos*, quando uma das partes não auferir vantagem econômica imediata.

Os contratos onerosos, ainda, podem ser subdivididos em (i) *comutativos*, quando todas as partes, presumivelmente auferem vantagem econômica e (ii) *aleatórios*, quando apenas um dos contratantes terá vantagem econômica, não podendo saber antecipadamente, qual deles será, em face do risco de sorte ou de azar (*álea*).

Segundo à forma de sua constituição, os contratos são divididos em (i) *consensuais*, para cuja constituição é suficiente o encontro de vontades, (ii) *formais (ou solenes)*, em que o aperfeiçoamento do negócio depende de num instrumento escrito, e os (iii) *reais*, que se constituem apenas com a tradição da coisa móvel, objeto de contrato de uma parte à outra.

Os contratos ainda podem ser classificados segundo a forma de execução em (i) *instantâneos*, quando a obrigação da parte corresponde a um só ato e (ii) *contínuos*, quando pelo menos um dos contratantes cumpre a obrigação com uma sucessão de atos.

Segundo sua tipicidade os contratos podem ser (i) *típicos*, que são aqueles em que os direitos e obrigações dos contratantes estão, em parte, disciplinados na lei, por

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, p. 39.

¹⁵ *Idem*, pp. 39-78.

normas cogentes ou supletivas, não se esgotando nas previsões contratuais definidas pelas partes, os (ii) *atípicos*, que são regidos exclusivamente pelo que as partes convencionaram no contrato, nos limites da função social e da boa-fé, e finalmente, os (iii) *mistos*, que se situam na transição entre os típicos e atípicos, ou seja, as partes criam um negócio contratual não tipificado em lei com o aproveitamento de normas de um ou mais contratos típicos.

Quanto à liberdade de contratação, os contratos ainda podem ser divididos em (i) *voluntários*, são aqueles perante os quais as partes têm alternativa de não contratar e (ii) *necessários*, nestes contratos não existe a opção de não contratar, pelo menos para uma das partes, como por exemplo o contrato de seguro DPVAT.¹⁶⁻¹⁷

Os contratos também podem ser classificados quanto ao ramo jurídico de regência, possibilidade que leva em conta a qualidade dos sujeitos envolvidos na contratação e podem ser divididos em (i) *administrativo*, neste contrato uma das partes será a pessoa jurídica de direito público, com a primazia, portanto, do interesse público, o de (ii) *de trabalho*, caracterizado quando houver entre duas pessoas privadas a relação de prestação de serviços pessoais, subordinados, não eventuais e mediante remuneração, (iii) *consumo*, são os contratos realizados entre consumidor e fornecedor, nos moldes definidos pelos arts. 3º e 5º do Código de Defesa do Consumidor, (iv) *comercial ou empresarial*, será o contrato em que as duas partes são empresários, e finalmente, o contrato (v) *civil*, é o pacto firmado em que nenhum dos contratantes é pessoa jurídica de direito público, empregado, consumidor ou empresário.

Outra classificação pode ser extraída de critérios que possam auxiliar na interpretação dos contratos segundo (i) a *extensão* atribuída à autonomia privada quando da elaboração do contrato; (ii) a *natureza* das obrigações que instrumentalizam; (iii) a

¹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 56. Os autores explicam que nestes tipos de contrato a finalidade não é a harmonização de interesses, mas sim a comunicação para um dos sujeitos de direitos das obrigações impostas, como é o caso dos contratos de seguro DPVAT, Contratos de Adesão e Contratos Educacionais

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, p. 3. Para a autora as obrigações que decorrem estritamente da lei, como a obrigação de prestar alimentos, a de ser eleitor, pagar tributos são deveres fundados em lei e não obrigações em sentido técnico, porque não vê a presença do elemento volitivo.

extensão de suas *externalidades*; (iv) a *natureza da vinculação* estabelecida entre os participantes.¹⁸

Quanto à extensão da autonomia privada, identifica-se os *contratos negociados*, *formulários* e de *adesão*. Os *contratos negociados* são os contratos em seu conceito clássico, pautados na autonomia da vontade e na liberdade de conteúdo. Os *formulários* têm conteúdo fixo e se sujeitam a algum grau de manifestação de vontade do contratante, podendo ou não estarem ligados à contratação em massa. Os *contratos de adesão*, por sua vez, não admitem qualquer modificação em suas condições, a partir da forma como foi apresentado por uma das partes.

A *extensão* da autonomia privada pode ser um interessante parâmetro para, por exemplo, a aplicação do princípio da função social ou para se analisar os limites de interferência do poder judiciário na avaliação de seus efeitos. Quanto maior o exercício da autonomia privada, potencialmente menor o campo de ingerência externa no contrato.

No que diz respeito à *natureza* da obrigação que instrumentalizam, os contratos podem ser agrupados em *contratos de subordinação* e os *empresariais*. Esta classificação destaca a especificidade da condição do sujeito e a necessidade, valorada pelo legislador ou pelo intérprete, de oferecimento de um tratamento diferenciado em relação à disciplina geral dos contratos. São os contratos entre consumidor e fornecedor; entre empregador e empregado; entre empresários e não-empresário; e, entre empresários.¹⁹ A eventual fragilidade de uma das partes é uma decorrência das transformações econômicas, concentração de poder econômico, facilitação da comunicação e acessibilidade aos bens e produtos ou decorre do seu caráter alimentar.

Os *contratos de subordinação* incluem os contratos associados à relação de consumo e o contrato de trabalho. A disciplina específica em tais contratos interfere de forma fundamental no estabelecimento do seu conteúdo inicial, assim como na interpretação a que ficam sujeitos. É o caso, por exemplo, no Direito brasileiro, na disciplina do consumidor, da teoria da imprevisão que é tratada de forma diferente daquela do Direito comum, dissociada da comprovação da onerosidade excessiva.

¹⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 240.

¹⁹ *Idem*, p. 242.

No aspecto das *externalidades* – efeitos que não foram internalizados pelas partes nos custos – há contratos nos quais as externalidades são ponderáveis e devem ser consideradas na tarefa de sua interpretação e outros em que deverão ser desconsideradas, ou porque inexistentes ou porque desprezíveis.²⁰

Nos contratos de *externalidades não-significativas*, podem ser mais facilmente reconhecidas as hipóteses de invocação de imprevisão, onerosidade excessiva e boa-fé objetiva – se diante de uma hipótese que relativize os efeitos socialmente reconhecidos à sua utilização. O princípio da função social do contrato, por outro lado, terá pouco espaço de aplicação, quando a legitimidade de sua invocação for considerada restrita à existência de efeitos extra-partes do contrato.

O último critério apresentado nesta classificação agrupa os contratos nas categorias de *contratos associativos*, *contratos bilaterais* e *contratos unilaterais*.²¹

No *contrato unilateral*, já em sua formação, são geradas obrigações para apenas uma das partes. No *contrato bilateral*, as prestações são recíprocas. A distinção não está no número de partes, mas no vínculo estabelecido em relação aos deveres impostos e em seu conteúdo.

Contratos associativos são correntemente ligados à prática empresarial, como o contrato de sociedade, de parceria ou de *joint venture*, de consórcio ou de formação de grupo,²² costumam operar com mais do que duas partes e tem estreita relação com o exercício da atividade da empresa e suas consequências.

2. NOÇÃO DE EMPRESÁRIO

O Código Civil brasileiro optou por definir no *caput* do art. 966 quem pode ser considerado empresário: “[c]onsidera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços”, e, no parágrafo único, estabelecer quem não será considerado empresário, independentemente de estar enquadrado nos requisitos do *caput*: “[n]ão se considera empresário quem exerce

²⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 243.

²¹ *Idem*, p. 247.

²² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 247.

profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda como o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Com o Código Civil de 2002 a antiga noção de comerciante, que estava no centro da definição do âmbito do Direito Comercial, é substituída pela figura do empresário, que é agora o protagonista do direito de empresa.²³

A adoção da figura do empresário para fins de definição normativa apareceu de forma destacada no Código Civil italiano de 1942, como parte do processo de integração de elementos econômicos aos conceitos jurídicos. Francesco Galgano explica que o empresário é apresentado como aquele que produz, de forma profissional, bens e serviços ou aquele que os intermedia no processo de troca, ou seja, como o protagonista de uma atividade geradora de riqueza.²⁴

A partir do desmembramento dos vários elementos trazidos pelo legislador no dispositivo acima mencionado, é possível se aprofundar numa análise e compreensão do que vem a ser o empresário, no Direito brasileiro.

O primeiro elemento do conceito legal diz respeito ao exercício de forma profissional da atividade econômica. Não basta exercer atividade econômica, mas ela deve ser exercida de maneira habitual e não apenas eventual e amadora, ou como ensina Alfredo de Assis Gonçalves Neto:²⁵ “empresário é um profissional do mercado e, portanto, um perito na produção ou na circulação de bens ou de serviços, que, por isso, almeja obter resultados lucrativos nesse desiderato. A finalidade lucrativa decorre do caráter profissional com que é exercida a atividade econômica”.

Cinge-se ao elemento profissional do conceito de empresário, a exigência de que o exercício dessa atividade econômica seja organizada, de modo a sugerir uma estrutura mínima e um planejamento suficiente que possam viabilizar a atividade econômica escolhida pelo empresário, ligadas à produção de bens e serviços, lançando mão de capital e trabalho. Também inegável a associação entre a atividade empresarial e o mercado.

²³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.1.95 do Código Civil*, p. 75, que complementa destacando que “O critério é invertido: antes, submetia-se ao regime especial do direito comercial só quem praticava atos que a lei indicava; no regime atual a regra é estar o empresário submetido ao direito de empresa, salvo se a lei o excluir”.

²⁴ GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale: l'imprenditore*, p. 13.

²⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.1.95 do Código Civil*, p. 75.

Sylvio Marcondes aponta para o conceito econômico de empresa “como organização dos fatores de produção de bens ou de serviços, para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados”.²⁶

Importante ainda observar que a qualidade de empresário pode ser observada como uma situação de fato, não sendo necessária, obrigatoriamente, qualquer formalidade para ser reconhecida, entretanto, é o contrato de organização, citado por Calixto Salomão Filho, ou contrato de sociedade ou mesmo o contrato de associação, que se presta a organizar o que se chamará empresa²⁷ na hipótese de organização colegiada.

No que diz respeito à exclusão da empresariedade, Alfredo de Assis Gonçalves Neto,²⁸ ao analisar o caput e o parágrafo único do art. 966, conclui que não é empresário “quem exerce atividade intelectual por qualquer meio, organizadamente ou não, sob forma empresarial ou não, em caráter profissional ou não, qualquer que seja o volume, intensidade ou quantidade de sua produção”.

É o que concluiu a Comissão de Direito de Empresa, na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal ao definir “o exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa”.²⁹

Todavia, a mesma norma que excetua da empresariedade o exercício da atividade intelectual, reconsidera esta situação para as hipóteses em que a atividade intelectual constitui o que denomina “elemento de empresa”. Não há qualquer indicativo no Código Civil sobre o conteúdo da locução elemento de empresa, possibilitando que se proponha que uma determinada atividade deixou de ser meramente intelectual para se tornar elemento de empresa no momento em que a pessoalidade da prestação da atividade é suplantada pela organização empresarial.

O agente econômico que exerce atividade rural, a partir do disposto no art. 971 do Código Civil, pode ou não ser enquadrado na categoria empresarial, a depender de sua opção ou não por inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis.

O uso da palavra empresário, por outro lado, cabe tanto quando se faz referência ao agente que atua de forma individual (como é o caso do empresário individual, assim

²⁶ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 136.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, p. 43.

²⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.1.95 do Código Civil*, p. 76

²⁹ Enunciado 193, III Jornada de Direito Civil, p. 61

como da equivocadamente denominada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) como também para o exercício coletivo de um objeto relacionado à produção ou circulação de bens ou serviços, vale dizer, quando se está diante de uma sociedade empresária, conforme previsão dos arts. 981 e 982 do Código Civil.

3. *CONTRATO EMPRESARIAL E DIREITO CONTRATUAL*

A busca por uma noção de contrato empresarial perpassa pela constatação da essencialidade do instrumento contratual para a própria prática empresarial, do sem número de vínculos que são associados a esta prática. Estes vão desde o contrato de trabalho firmado com o colaborador, até os contratos de compra e venda de matéria prima e de colocação dos bens e serviços no mercado, sem que se possa desconsiderar os contratos dos quais depende a gênese da atividade empresarial, como o contrato de sociedade e de franquia.

Dentre as várias categorias de contrato relacionadas à prática empresarial, a definição de contrato empresarial pode estar associada ao conceito de troca. A atividade empresarial é voltada à satisfação das necessidades do mercado, sendo integrante de sua função colocar à disposição dos consumidores, valendo-se da troca, bens e serviços.³⁰ Muito embora a atividade de troca não possa ser considerada como de sua alçada exclusiva, é o empresário que titula como objeto específico o exercício de uma atividade de troca, inclusive quando está associada a uma atividade de produção, já que a troca é um elemento essencial, por meio do qual se realiza a própria função da empresa.³¹

Antes do Código Civil brasileiro de 2002, as obrigações contratuais eram tratadas de forma dual, as de caráter não empresarial pelo Código Civil de 1916, as de índole comercial pelo Código Comercial de 1850.

Embora o sistema fosse dual, o próprio Código Comercial, derogado na parte em que disciplinava as obrigações comerciais, no seu art. 121 reconhecia no direito civil a base do direito obrigacional.

³⁰ FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, p. 596.

³¹ *Ibidem*.

Com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, houve uma unificação parcial do direito das obrigações, com uma perda de parte da autonomia legislativa da matéria empresarial, diante da derrogação da disciplina contratual existente no Código Comercial de 1850.

No entanto, a perda de autonomia é tão somente parcial, já que o Código Civil de 2002 não teve a pretensão de abarcar e unificar a disciplina de todos os contratos civis e comerciais. Antes da vigência do Código Civil e depois disto, há inúmeras leis especiais que disciplinam modalidades contratuais de forma autônoma (caso, por exemplo, do contrato de franquia, da disciplina tributária do *leasing*, do contrato de locação, inclusive aquela de caráter não comercial, *shopping center* e o contrato de *built to suit*).

Nem mesmo as normas de teoria geral dos contratos, previstas no Código Civil, podem ser consideradas como aplicáveis de forma idêntica aos contratos empresariais e às demais categorias contratuais.

Isso porque, a autonomia da matéria comercial tem conteúdo de cunho científico, sendo que Waldírio Bulgarelli afirma que a “unificação das normas de direito comercial às de direito civil numa disciplina privatista geral, quer especificamente no campo das obrigações, quer de maneira geral, abrangendo toda a matéria, não apaga a profunda distinção existente entre essas normas, umas dizendo respeito e se destinando a regular as atividades das pessoas e dos bens e suas relações envolvendo família e sucessões e outra referindo às atividades da produção e circulação de riquezas”.³²

Marcia C. P. Ribeiro e Irineu Galeski Junior advertem que “são as características indissociavelmente ligadas ao exercício da atividade econômica que não permitem o estabelecimento de um regime unitário global à disciplinado do Direito das Obrigações”.³³ Justamente porque os contratos empresariais são contratos celebrados por empresários, no exercício de sua atividade profissional,³⁴ e que tem por vocação a execução continuada além de terem o risco como seu elemento essencial.

Paula Forgioni ensina que “o estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da

³² BULGARELLI, Waldírio. *Direito comercial*, p. 159.

³³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 25.

³⁴ *Idem*, p. 32.

avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação coloca-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram. (...) O segundo é que a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função”.³⁵

Nesta categoria de contrato, mais do que em qualquer outra, há uma maior sujeição aos usos e costumes e a característica da informalidade e da atipicidade em seus pactos, fruto ou da utilização imemorial de suas práticas ou da engenhosidade e dinamicidade da atividade empresarial que conduz o agente econômico à criação e ao aperfeiçoamento de modelos contratuais que sejam adaptáveis às suas necessidades negociais.

Foi a prática negocial e a adaptabilidade do agente econômico que fez surgir nos últimos tempos modalidades negociais como a da franquia, do *shopping center* e do *built do suit*.

O contrato empresarial também se caracteriza fortemente pelo elemento de não territorialidade, já que é da natureza da atividade empresarial o aspecto de internacionalização por ser normalmente desejável e natural que determinados negócios extrapolem os limites territoriais do Estado, submetendo-se, inclusive, à aplicação de leis de outros países ou normas internacionais.

Caracterizados por movimentar a produção, a industrialização, a comercialização e a intermediação de bens e serviços no mercado, os contratos empresariais terão sempre a finalidade de lucro na sua essência, porque esta é uma característica própria da atividade empresarial.

Não só pela função que desempenham, como pela sua essencialidade à prática empresarial que, por sua vez, é indispensável à economia e à sociedade humana, além de ser uma decorrência de princípios constitucionalmente consagrados de liberdade de iniciativa, liberdade privada e de concorrência, os contratos empresariais devem ser analisados no ambiente que os envolve, o que influenciará na sua forma e interpretação.

Para que bem se compreenda o alcance dos contratos empresariais, além das modalidades já citadas, incluem-se os contratos de compra e venda mercantil,

³⁵ FORGIONI, Paula. Interpretação nos negócios empresariais. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, p. 82.

representação comercial, distribuição, trespasse de estabelecimento, integração, venda de ações, acordo de sócios, faturização, *know how*, dentre outros.

Os contratos empresariais estão inseridos, portanto, no núcleo do exercício da atividade econômica organizada.

Não só os contratos empresariais devem ser considerados em seu ambiente e função, como também há outras situações contempladas pelo Direito de forma especial, por decorrerem do ambiente empresarial ou em razão de políticas de estímulo ao exercício da atividade econômica.

Há no sistema jurídico empresarial, por exemplo, a previsão de um regime específico a que se sujeita o empresário em caso de dificuldade, ou ainda, a possibilidade de limitação de responsabilidade por dívidas da empresa para determinadas formas de organização empresarial.

No entanto, em que pese a sua essencialidade, é muito mais extensa a produção doutrinária dedicada aos negócios consumeristas ou trabalhistas, do que à categoria dos contratos empresariais, relegando a sua abordagem aos estudos voltados à pretendida unificação do direito das obrigações.

Se enfatizada a compreensão do papel que ocupam e diante do volume de contratos celebrados por empresas, da influência do mercado, da economia e dos agentes econômicos no modelo adotado em nosso país, é indispensável que se consolide o entendimento sobre a natureza do contrato empresarial, sobre os elementos que compõem sua essência e justificam o seu fortalecimento, com vistas ao aprimoramento da economia e da sociedade humana.

4. ESPECIFICIDADES DO CONTRATO EMPRESARIAL

Desde a entrada em vigência do Código Civil brasileiro, os contratos empresariais ficaram sem um conjunto normativo próprio sistematizado, já que as regras sobre contratos do Código Civil passaram a regulamentar, sem distinção, tanto os contratos cíveis quanto os contratos empresariais. Entretanto, os contratos empresariais demandam, como visto acima, um tratamento especial, devido às especificidades da sua categoria e, sobretudo, a sua função e importância para o sistema econômico adotado em nosso país.

Assim como o contrato de consumo ou o de trabalho necessitam de um tratamento especial, que se prende à finalidade primordial que os cerca e ao propósito de se dotar a relação contratual de maior equilíbrio, já que estão relacionados a polos habitualmente desiguais, não paritários em poder econômico ou de acesso às informações (empregado x empregador/ consumidor x fornecedor), o contrato empresarial também deve ser tratado de forma especial, levando-se em conta o contexto de sua formação e execução.³⁶

Ao examinar o contrato empresarial é preciso considerar os vértices específicos do Direito Comercial, como a tutela de crédito, a necessidade de assegurar aos agentes econômicos segurança e previsibilidade em suas relações,³⁷ a vinculação das partes à vontade declarada no contrato e a importância do erro na formatação do ambiente competitivo.

O tratamento especial a incidir sobre os contratos empresariais também se justifica em virtude do ambiente específico no qual estão inseridos, qual seja, a exploração de atividade econômica pelos particulares e, neste ambiente, encontram-se regras próprias de direito comercial, ligadas entre si com vistas à otimização das ações e do ambiente econômico.

Ao contrário do que ocorre nos contratos de trabalho e nos contratos de consumo, nos contratos empresariais é de se esperar que os empresários, partes no contrato, estejam em condições semelhantes de conhecimento técnico e profissionalismo para melhor definirem seus interesses e por assim ser, mais próximos estarão da ideia de autonomia da vontade, para livremente dispor de seus direitos.

³⁶ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de direito mercantil*, v. 130, pp. 7-38. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 34 afirmam que “a própria ideia de categorização dos contratos só encontra razão de ser no reconhecimento das especificidades de cada uma delas que conduzirão à eventual necessidade de interpretação e normatização diferentes”.

³⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Op. cit.*, p. 236, analisam os riscos da instabilidade no campo interpretativo em matéria contratual empresarial “do ponto de vista econômico e, especificamente, dos contratos, essa variabilidade sem sempre é interessante, ou melhor quase sempre é indesejável. Para que as partes possam formar contratos, o melhor cenário comercial é aquele em que as instituições estão bem definidas, pois a revisão do resultado depende dessa estabilidade. Assim, é sempre melhor que haja segurança do ponto de vista da política econômica e monetária; que haja um Poder Judiciário independente; que, quando haja leis interventoras, sejam elas claras, quando haja necessidade de intervenção jurisdicional, saibam as partes qual será a interpretação para o caso concreto”.

Este equilíbrio teórico entre as partes pode sofrer influência relativa à assimetria de informações ou de poder econômico³⁸ que poderá interferir de forma significativa no equilíbrio de forças, produzindo a prevalência injustificada de uma das partes em detrimento da outra, desajustando o equilíbrio esperado, de modo que alguma adequação poderá ser necessária e deverá ocorrer principalmente pelas vias oferecidas pelo sistema de defesa da concorrência.³⁹

Entretanto, por certo que as medidas a serem adotadas para reequilibrar um contrato empresarial não deverão ser as mesmas escolhidas para o reequilíbrio dos contratos de trabalho ou de consumo, em razão das especificidades que cercam o contrato empresarial.⁴⁰ Pensar em contrário pode produzir inúmeros prejuízos à economia, na medida em que o empresário será constantemente poupado do resultado de suas decisões equivocadas, com riscos de se distorcer a concorrência mediante indesejável intervenção na liberdade de concorrência própria do jogo competitivo do sistema capitalista, produzindo o risco de se afugentar os investidores que não terão um mínimo de previsibilidade com relação às suas opções de investimento e risco.

O fato dos contratos empresariais não disporem hoje de regras específicas de interpretação pode relegar ao poder judiciário uma possibilidade mais ampla de interferência, sobretudo no âmbito de aplicação de princípios gerais do Direito Contratual, com risco de desatenção às particularidades destes contratos. Esta possibilidade precisa ser ponderada.

³⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 231, esclarecem que: “[a] vulnerabilidade,..., decorre de duas falhas de mercado: o poder econômico e a assimetria de informação. Na relação entre empresários é observada a influência da primeira falha com frequência. Invariavelmente, verificam-se demandas judiciais em que se discute a posição de dependência de determinado empresários em relação a outro, em razão da disparidade de influência econômica”.

³⁹ *Idem*, p. 34, ainda sobre o tema, os autores dizem que: “[p]or evidente, esta posição de equilíbrio entre as partes do contrato pode ser desfeita como consequência do mesmo fator que levou à necessidade de tratamento desigual aos contratantes de uma relação de consumo ou de trabalho: a diversidade de poder das partes. O poder de econômico ou de conhecimento de uma ou de outra parte do contrato pode forjar uma situação de aparente igualdade e, por consequência, liberdade perfeita dos contratantes, matizes da autonomia da vontade. Quando revelada a ruptura entre igualdade e liberdade, até mesmo nos contratos empresariais abre-se espaço para as situações de desatendimento ou modificação de condições estabelecidas no contrato podendo chegar ao desfazimento do mesmo”.

⁴⁰ No mesmo sentido, cito o enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal: “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

Retomando-se a proposta de classificação à qual se fez menção no Item 1 deste capítulo e que se volta aos critérios de interpretação, é possível concluir que os contratos empresariais se enquadram habitualmente na categoria dos *contratos negociados*, compatíveis com a aptidão do sujeito de conhecer seus potenciais efeitos, especialmente em razão da característica da habitualidade no exercício de sua atividade profissional. Daí ser possível derivar o convencimento de que contratos negociados entre empresários não poderão estar sujeitos às mesmas normativas gerais de interpretação de um contrato entre um empresário e um consumidor eventual, por exemplo.

Como decorrência, nos *contratos de subordinação* a invocação de imprevisão ou de onerosidade excessiva, com base na alteração das condições de fato entre a época da vinculação e a de sua execução, mostra-se mais consentânea do que em relação aos contratos empresariais.

Por outro lado, nos *contratos formulário* e de *adesão*, sejam eles empresariais ou não, menor será a identificação da negociabilidade e maior a possibilidade de interferência, principalmente pelo estabelecimento de normas específicas, aplicáveis a tais contratos. Se o contrato foi realizado entre empresários, mais uma vez se justifica a consideração do grau de compreensão a partir do meio no qual se processa a negociação e as potenciais externalidades.

No âmbito da aplicabilidade do princípio da função social aos contratos empresariais, deve se ponderar sobre o risco de irradiação dos efeitos interventivos para o mercado, assim como sobre a compreensão do âmbito da funcionalização para que o adjetivo social não fique esvaziado de significado ou confundido com interesse individual.⁴¹

Os contratos empresariais, ainda, poderão ser frequentemente enquadrados como contratos de *externalidades significativas*, já que tem sua natureza vinculada ao exercício da empresa e repetição do objeto, compondo um campo propício à percepção do significado das externalidades.

Portanto, quando um contrato empresarial é submetido à interpretação perante uma autoridade externa (administrativa, judiciária ou arbitral) para que identifique o

⁴¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 243.

cabimento ou não da relativização do conteúdo do contrato com base num princípio geral dos contratos, surgirá o inevitável impasse entre a confirmação da vinculação contratual e a expectativa de realização da justiça no caso concreto.

Imagine-se uma decisão que reconheça o direito de uma parte vendedora empresarial não cumprir o contrato, libertando-a para que procure outros compradores para o bem negociado. Como decorrência, a empresa compradora frustrada - uma sociedade cujos acionistas tenham investido de forma a permitir ao capital da empresa financiar as condições materiais para aquisição da safra pactuada, nas condições previstas no contrato - tem por frustrada a expectativa de compra, os investidores não obtenham o retorno previsto e previsível, tal decisão terá por consequência efeitos para além do negócio realizado, uma provável redução da aplicação de recursos em investimentos ligados à indústria e comércio no país.⁴² No exemplo trazido, a frustração dos investidores relacionados ao contrato desconsiderado e o mercado de investimentos no Brasil, são externalidades significativas que deverão ser consideradas.

De outro modo, as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, aplicáveis aos contratos de consumo, por exemplo, não podem ser aplicadas, indiscriminadamente aos contratos empresariais porque nestes o risco é elemento essencial.

É justamente o risco, inerente ao negócio escolhido, um dos elementos que legitima a apropriação dos lucros na atividade empresarial e ao exercê-la dentro de um universo lícito, o empresário já preenche de forma primária uma função, seja por meio da de sua empresa, seja por lançar mão de diversos contratos a fim de realizar seus objetivos econômicos, gerando empregos e aquecendo a economia.⁴³

REFERÊNCIAS

BULGARELLI, Waldírio. *Direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. 3. ed. rev. São Paulo: Forense, 2009. Volume 3.

⁴² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, p. 246.

⁴³ Agradeço à Gerusa Linhares pelo auxílio na pesquisa para elaboração deste capítulo.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. Volume 1.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 2. ed. Torino: Torinese, 1962.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de direito mercantil*, v. 130. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Interpretação nos negócios empresariais. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Wanderley Fernandes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007.

GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale: l'imprenditore*. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.1.95 do Código Civil*. 4. ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Volume III.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.