

AUTOR

**Luiz Antônio
Santiago Corrêa***

luizasant@gmail.com

* Mestrando em Direito
Empresarial Econômico
pela Pontificia Universidad
Católica Argentina (UCA)

Contratos empresariais: o regime jurídico de Direito Privado e a constitucionalização do ordenamento jurídico

Contratos comerciales: el régimen jurídico del derecho privado y la
constitucionalización del ordenamiento jurídico

Business contracts: the legal system of private law and the constitutionalization of
the legal system

RESUMO

O presente trabalho visa analisar brevemente o movimento de constitucionalização e repersonalização do direito, demonstrando de que forma isto influenciou no Direito Privado, e a partir deste ponto analisar a figura do contrato, em especial o contrato empresarial, que se moldou a esta nova ordem jurídica onde o patrimônio deu lugar ao ser humano e o individualismo deu lugar à solidariedade, passando por um breve introito sobre a constitucionalização do direito, unificação do direito privado e alocação dos contratos no mundo do direito empresarial.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar brevemente el movimiento de constitucionalización y repersonalización del derecho, demostrando cómo esto influyó en el derecho privado, y desde este punto analizar la figura del contrato, en particular el contrato mercantil, que se ha adaptado a este nuevo orden jurídico donde el patrimonialismo fue reemplazado por el ser humano y el individualismo fue superado por la solidaridad, pasando por una introducción de la constitucionalización del derecho, la unificación del derecho privado y la asignación del contrato en el mundo del derecho empresarial.

ABSTRACT

This present study aims to examine briefly the movement of repersonalization and constitutionalization of law and how this influenced Private Law, to then analyze the figure of the agreement, in particular the business contract, which has been adapted to this new legal order in which patrimonialism has been replaced by human beings and individualism has given way to solidarity. Included is a brief introduction to the constitutionalization of law, the unification of private law and role of contracts in the world of business law.

1. Introdução

Contrato é na verdade uma espécie do gênero negócio jurídico. É a principal fonte do direito obrigacional e, portanto, primordial instituto do Direito Privado, como afirma Tartuće (2014: 668). Trata-se de negócio jurídico lícito que busca a autorregulamentação patrimonial das partes envolvidas conforme manifestação de vontade, obedecendo a certos limites impostos pelo ordenamento jurídico, sob pena de sanção por seu descumprimento. Podem ser classificados como negócios jurídicos bilaterais, onde as vontades das partes são divergentes, como no contrato de compra e venda, por exemplo, onde uma parte quer o bem e a outra o valor em troca do bem. Ou podem ser classificados como negócios jurídicos plurilaterais, onde as vontades das partes convergem para um fim comum, como no contrato de sociedades onde os sócios procuram explorar o objeto social da sociedade.

Em um sentido mais tradicional, Álvaro Villaça (2002: 21) conceitua o contrato como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica de caráter patrimonial. Em sentido similar, para Caio Pereira, citado por César Fiuza (2012: 442), o contrato é o ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações jurídicas. Tais conceitos, mais clássicos, foram cunhados em uma época quando o Direito Civil era considerado a fonte de valor de todo o Direito Privado; onde a manifestação de vontades não possuía limites, senão em normas de caráter público com vedações expressas, e aquilo que não era proibido era permitido, fazendo lei entre as partes.

A origem do contrato propriamente dita é impossível de ser precisada; confunde-se com o próprio ideal de sociedade, contudo a sistematização jurídica mais substancial de que se tem notícia sobre o instituto remonta ao direito romano. Lembram Gagliano e Pamplona (2013: 42) que se deve a Gaio¹, jurisconsulto romano, a catalogação das fontes obrigacionais, da qual consta o contrato. Por força do contrato, o credor podia reprimir o devedor pela inadimplência do pacto contraído (do latim *contrahere*), em uma ideia genérica de obrigação. Percebemos, portanto, que em sua origem o contrato era o gênero obrigacional, e hoje se apresenta como espécie de um gênero (Fiuza, 2012: 144). Outro ponto importante é que, na origem do instituto, as avenças contraídas e inadimplidas poderiam gerar inclusive penas de caráter extrapatrimoniais. Como, por exemplo, a transformação do devedor em escravo ou servo do credor em caso de não adimplemento da obrigação, ou ainda em casos mais extremos, ter que pagar o débito com a própria vida. Tal concepção de que poderia se contratar de um tudo sob pena de quaisquer sanções desde que respeitados os limites formais existentes à época perdurou no tempo, passando pela Idade Média e posteriormente sendo paulatinamente mitigado. Após a revolta liberal desencadeada pela Revolução Francesa a autonomia da vontade se tornou bastante evidente, contudo as penas pessoais de caráter extrapatrimoniais já não eram mais admitidas.

Hodiernamente, com o fenômeno da constitucionalização do Direito, onde a Constituição passou a ser a tábua axiológica de todo o ordenamento jurídico a autonomia de vontade, agora chamada pela doutrina com o *nomen juris de autonomia privada*, passou a ter limites que emanam da própria constituição, como a *dignidade da pessoa humana* e a *função social*, por exemplo, limitando a vontade das partes na hora de contratar. Assim, hoje em dia além das normas proibitivas de caráter público já presentes, existem limites constitucionais à vontade de contratar. Desta forma, modernamente, parece mais atual o conceito de contrato elaborado por Paulo Nalin, como vemos:

Contrato interprivado é a relação jurídica subjetiva nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares intersubjetivos da relação, como também perante terceiros. Contrato, hoje, é relação complexa solidária (Nalin, 2008: 253).

PALAVRAS-CHAVE

Contrato empresarial; constitucionalização do direito; unificação do direito privado; função social do contrato; diálogo das fontes deliberatividade

PALABRAS CLAVE

Contrato mercantil; constitucionalización del derecho; unificación del derecho privado; función social del contrato; diálogo de las fuentes

KEYWORDS

Business contract; constitutionalization of the legal system; unification of private law; social function of contracts; dialogue of sources

Recibido:
02.12.2014

Aceptado:
25.02.2015

Frisa-se tal conceito como mais atual pelo fato de a Constituição ser hoje o fundamento valorativo do ordenamento jurídico, como já dito, e também pelo fato de que há uma relação existencial das partes que contratam além da patrimonial e, por fim, sabe-se que os contratos também geram efeitos a terceiros que não contrataram, são os chamados *efeitos externos do contrato*. Sobre os efeitos externos, Simão citando Eduardo Sens dos Santos escreve:

Com referência aos terceiros (não participantes da avença), explica Eduardo Sens dos Santos (2002: 35) que o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual (que produz apenas efeitos inter partes). Devem considerar os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Seria a função do contrato frente à sociedade e, por isso, a avença deve atender ao bem comum e não pode ser fonte de prejuízos para a sociedade (Simão, 2011: 17).

É importante salientar também que o vocábulo contrato pode significar duas situações distintas. Em primeiro lugar contrato é o acordo feito entre partes surgindo da manifestação da vontade, é o ato de contratar, o pacto. Em segundo lugar, é o instrumento que exterioriza a vontade manifestada pelas partes, o documento escrito. Nem todo contrato é instrumentalizado, aliás, o mais comum é que não seja. Todos os dias fazemos dezenas de contratos verbais, como comprar um refrigerante em uma lanchonete ou tomar um ônibus para casa. Nesses casos apenas manifestamos nossa vontade sem, no entanto firmar nenhum contrato escrito.

2. Constitucionalização do Direito

Com a consagração da *Teoria pura do Direito*, de Hans Kelsen (2012), que preceitua que a Constituição está no topo do ordenamento jurídico e o reconhecimento de sua força normativa verificou-se um fenômeno que passou a ser chamado de constitucionalização do Direito, que atinge não somente determinados

ramos do Direito, mas o sistema jurídico como um todo. Como a Constituição é o topo do ordenamento e todo o sistema infraconstitucional lhe deve respeito, ela passou a ser a nova fonte de valor, a tábua axiológica do ordenamento. Como percebemos na lição de Rafael Oliveira: “O reconhecimento da normatividade da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*) e de sua superioridade hierárquica exige a adequação de todo o ordenamento jurídico ao texto constitucional” (2013: 6). Assim, como a nossa Constituição traz o ser humano para o centro de sua tutela, os demais ramos do Direito, assim como o Direito Civil, também o fazem seguindo a ordem constitucional e é denominada pela doutrina de Repersonalização do Direito, na qual sai o patrimônio e entra a pessoa humana como figura central a ser protegida pelo ordenamento jurídico.

Verificou-se, por exemplo, enquanto ainda vigia o Código Civil Brasileiro de 1916 (CC/16) que possuía como ideias centrais os valores do patrimonialismo e do individualismo, que estes valores não poderiam mais ser perseguidos com a promulgação da Constituição de 1988, pois não eram compatíveis. Assim, seria necessário que se fizesse uma nova interpretação do CC/16 à luz da Constituição e de seus valores (filtragem constitucional)². Barroso nos dá importante lição sobre o tema:

A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem nas relações privadas – e.g., função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica (2013: 33).

Desta forma podemos dizer que a nova tábua axiológica do ordenamento é a Constituição e seus institutos devem ser interpretados à luz de seus princípios.

3. Unificação do Direito Privado

Na esteira do que ocorreu com o Código Italiano de 1942, inspirado nos pensamentos de Cesare Vivante, o nosso atual Código Civil (2002) unificou o Direito Privado. Condensou em um único *códex* as normas de Direito Civil e de Direito Empresarial, derogando o Código Comercial de 1850, que hoje permanece apenas com as normas sobre direito marítimo. Carlos Roberto Gonçalves nos lembra de que esta tendência já foi defendida no Brasil por Teixeira de Freitas em seu célebre esboço de Código Civil de 1860, encomendado pelo Império, mas que acabou não sendo promulgado (2013: 16).

Unificar ou não o Direito Privado é uma opção legislativa. Existem países que ainda preferem manter o Direito Privado separado em Civil e Empresarial, como é o caso da Espanha que aprovou recentemente, no ano de 2014, o anteprojeto do novo Código Mercantil Espanhol que substituirá o antigo Código Comercial, datado de 1885. Entretanto, a unificação do Direito Privado é tendência ainda vívida no direito comparado, por exemplo, a Argentina acaba de promulgar seu novo Código Civil e Comercial (promulgado no dia 07 de agosto de 2014), unificando o Direito Privado nos moldes do que fez o Brasil com o Código Civil de 2002. Contudo tal tendência não escapa das críticas dos doutrinadores, sobretudo dos comercialistas. Tanto que hoje há em tramitação no Congresso Nacional um projeto de um novo Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572, de 2011).

A absorção do Código Comercial pelo Código Civil, unificando o Direito Privado, não aniquilou a ciência jurídica do Direito Empresarial, ainda que formalmente não tenhamos um novo código comercial, materialmente ele existe, preservando seus princípios e normas independentes do Direito Civil.

Ricardo Negrão, citando Paula Castello Miguel neste sentido enfatiza:

Outra razão, de cunho prático-jurídico, é a constatação de que a unificação obrigacional não milita em desfavor da manutenção da autonomia do Direito Empresarial, pois, como bem afirma Paula Castello Miguel, “não á como tratar de forma idêntica os contratos firmados por pessoas comuns, a fim de regular uma ou outra relação obrigacional, com os contratos

firmados entre empresários no exercício de sua atividade econômica” (2012: 225).

Aliás, é óbvio que a independência de um ramo do Direito não parte do pressuposto de existir uma codificação sobre ela, vale lembrar que em nosso ordenamento não há um código de Direito Administrativo, por exemplo, no entanto não resta nenhuma dúvida sobre a independência deste importante ramo jurídico.

O grande problema levantado pela doutrina comercialista não é autonomia de um ramo jurídico, mas os problemas causados pela unificação do direito obrigacional no Código Civil de 2002 (Ramos, 2012: 511). A partir dele, tanto as obrigações civis quanto empresariais passaram a ser regidas pelas mesmas normas, assim, os contratos empresariais que antes eram regulados pelo Código Comercial de 1850 agora o são pelo CC/02. O que é trabalho para doutrina e jurisprudência distinguir e separar os princípios que incidem no direito civil e no direito comercial ao aplicar o CC/02.

Em outro tom critica Carlos Roberto Gonçalves sobre a unificação do direito privado, mas defendendo a Unificação do Direito Obrigacional:

Desse modo, a melhor solução não parece ser a unificação do direito privado, mas sim a do direito obrigacional. Seriam, assim, mantidos os institutos característicos do direito comercial, os quais, mesmo enquadrados no direito privado unitário, manteriam sua fisionomia própria, como têm características peculiares os princípios inerentes aos diversos ramos do direito civil, no direito de família, das sucessões, das obrigações ou das coisas (2013: 16).

Entretanto, parece secundária a discussão sobre a necessidade de uma nova codificação comercial ou a crítica à unificação do Direito Privado. Como já dito a Constituição passou a ser o centro do ordenamento jurídico e seus valores se derramam por toda a norma. Por óbvio tais divergências entre a aplicação de princípios estritamente civis ou estritamente comerciais cabem ao aplicador do direito e a doutrina e não ao código que é apenas um conjunto condensado de normas que será aplicado ao caso concreto. Lembramos nesta toada das palavras de

Orlando Gomes citado por Gagliano e Pamplona, como vemos:

Essa condensação dos valores essenciais do direito privado passou a ser cristalizada no direito público. Ocorreu nos últimos tempos o fenômeno da emigração desses princípios para o Direito Constitucional. A propriedade, a família, o contrato, ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram hoje definidas as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado (2014:100).

Assim, fica evidente que, como afirmam Sztajn e Verçosa, precisamos de melhores comercialistas e não de um novo código³.

4. Novos paradigmas do Direito Privado

Os novos paradigmas ou princípios do Direito Privado trazidos pelo Código Civil brasileiro de 2002 pelas mãos do grande jurista Miguel Reale, em consonância com a atual Carta Magna são: *operabilidade, eticidade*; e *socialidade*.

Em breve síntese pode-se dizer que o paradigma da *operabilidade* se reflete na facilidade de aplicação do direito. Buscou-se dirimir dúvidas constantes no Código Civil anterior como, por exemplo, distinguir com mais clareza institutos importantes como a prescrição e a decadência. Matéria que como bem lembra Tartuće era bastante confusa no CC/16 (2013: 88). Tal princípio, portanto busca maior efetividade do direito, maior simplicidade e facilidade de aplicação em detrimento de exagerado tecnicismo.

Já o paradigma da *eticidade* visa aproximar o Direito da *Moral*, buscando permear o direito com os novos valores sociais na sua aplicação, através da técnica de cláusulas gerais e preceitos indeterminados, e dando a esses valores força cogente. Um exemplo deste paradigma é a boa-fé objetiva.

O paradigma da *socialidade* vai de encontro com

o ideal individualista do CC/16. Por este paradigma temos que as relações jurídicas não podem mais ser visualizadas por um prisma estritamente interpessoal, daqueles que fazem parte de determinada relação jurídica. Deve-se visualizar a relação jurídica como um meio para o bem comum, relativizando o princípio da autonomia da vontade, que passando por esta releitura passa a ser chamado de Autonomia Privada. Como podemos ver na lição do professor Flavio Tartuće:

No que concerne ao *princípio da socialidade*, o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra *nós*, em detrimento da palavra *eu*. Os grandes ícones do Direito Privado recebem uma denotação social: a família, o contrato, a propriedade, a posse, a responsabilidade civil, a empresa, o testamento (2014: 61).

4.1. Função social e o contrato

O termo função social ganhou maior vista da comunidade jurídica com Norberto Bobbio em sua obra *Da estrutura à função*, obra na qual ele explora que o Direito como ciência não deve ser estudado apenas pelo que é, mas também deve ser estudado pelo prisma de “para que serve o Direito”, ou seja, estudar qual a função do Direito (Bobbio, 2007). Nasce assim uma maior preocupação com a função que o Direito exerce na sociedade, que justamente é a pacificação social.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald o termo função tem o seguinte significado no Direito:

(...) o termo função significa finalidade. O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação não lese as expectativas legítimas coletivas que lhe rodeiam. Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade e o intuito do titular do direito será recusado pelo ordenamento (2013: 50).

A função social tem acento constitucional em nosso

ordenamento, consagrada no princípio da função social da propriedade. Previsto no título que trata da Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal no Art. 170, III, como vemos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

Pelo princípio da função social da propriedade entende-se que a prevalência do domínio na propriedade privada deve ser exercida sem que isto reflita em um encargo negativo à sociedade. Isto é, que o exercício do direito de propriedade deve ser utilizado como um bem maior, refletindo positivamente ao seu redor.

Mais uma vez, recorrendo às lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal elucidamos o alcance da função social, como vemos:

(...) *Enfim, a função social se dirige não só à propriedade, aos contratos e à família, mas à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano (2007: 38, grifo nosso).*

Para que possamos visualizar o sentido da função social voltado ao contrato nos esclarece Simão que este parte da premissa de que a função do contrato, sem qualquer adjetivação, é a transferência de riquezas, que tem por base uma necessária colaboração das partes que, sem contrato, não conseguiriam suprir suas necessidades e desenvolver as atividades pessoais e profissionais (2012:14).

Ressalta-se nesse sentido importante artigo do nosso Código Civil que consagra expressamente tal princípio. Como vemos: “Art.421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Ainda neste sentido estabelece o parágrafo único do art. 2.035 CC/02: “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá

se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Visualizamos, portanto, que diferente do que ocorreu no passado, o contrato agora deve ser interpretado conforme os preceitos sociais em que se inserem, respeitando a igualdade entre as partes, não trazendo ônus excessivos àqueles que contratam. Tal princípio busca resguardar o equilíbrio que deve haver na avença.

Percebe-se, portanto uma íntima relação com o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. Como bem vemos nas palavras de Tartuço: “Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana” (2014: 47). Por fim, vale lembrar a importante lição de Pereira que resume perfeitamente o significado e a importância deste princípio. Vejamos:

Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos (2014: 38).

5. Origem do Direito de Empresa

Diferentemente do Direito Civil, o Direito Empresarial não encontra sua origem no Direito Romano (*jus civile*), onde, aliás, existia uma dicotomia entre Direito Civil e Direito Penal. Ademais, por mais que as atividades comerciais sejam até mais antiga que o próprio Império Romano, não se pode dizer que o direito que cuida desta atividade nasce junto com ela. O cidadão romano não se dedicava ao comércio, ficando tal prática destinada a apátridas, estrangeiros e até mesmo aos escravos e por isso as pequenas e insuficientes regras de comércio encontravam-se dentro do *jus civile* não evoluindo para um direito

próprio. Como podemos perceber nos dizeres de André Luiz Santa Cruz Ramos,

Mesmo em Roma não se pode afirmar a existência de um direito comercial, uma vez que na civilização romana as eventuais regras comerciais existentes faziam parte do direito privado comum, ou seja, do direito civil (*jus privatorum* ou *jus civile*) (2012: 2).

A origem do Direito Empresarial remonta para maioria da doutrina, ainda que não haja consenso (Negrão, 2012: 25), à Idade Média com a superação do Império Romano pelas invasões bárbaras. Tal fato fez surgir o sistema feudal, isto é, com o fim do Império Romano a população buscou a proteção dos senhores feudais para se proteger dos bárbaros, prestando vassalagem em troca desta proteção. Com o fim da ameaça bárbara o sistema feudal passa a se estabilizar e os excessos de produção dos feudos passam a ser comercializados entre si. Tal fenômeno faz ressurgir as cidades, os chamados burgos, e dá início ao Renascimento Mercantil (Ramos, 2012: 3).

Percebe-se, neste período, pelo fato de não existir um poder central, a diversidade de normas de uma cidade à outra e que se mostravam insuficientes para regular a atividade, o que levou à criação de normas costumeiras que eram aplicadas pelos comerciantes para os comerciantes, dando início com o tempo, após a criação dos Estados Unitários, às corporações de ofício. Estas corporações de ofício aplicavam suas regras privadas a seus membros, que necessitavam estar matriculados para serem sujeitos destas regras, o que revelava um caráter subjetivo deste primeiro momento das regras de Direito das atividades comerciais.

Em um segundo momento, após a Revolução Francesa, de 1789, e a tomada do poder por Napoleão Bonaparte, é editado, em 1804, o Código Comercial francês, *Code de Commerce*. O novo *códex* traz uma mudança significativa na estrutura do Direito Comercial. O que antes se caracterizava em razão do sujeito agora se caracteriza em razão do objeto, os chamados atos de comércio. Para ser considerado comerciante e, conseqüentemente, ser sujeito tutelado pelo Direito Comercial era necessário praticar os chamados atos de comércio. Os atos de comércio eram atos preestabelecidos pela norma que ao serem praticados com habitualidade e

no intuito de tirar seu sustento qualificavam os que o praticavam como comerciantes. O Código Comercial napoleônico, além de outros como o português e o espanhol, influenciou diretamente a confecção do Código Comercial Brasileiro de 1850. Contudo não foram elencados no código os atos de comércio, feito este que foi realizado no mesmo ano pelo Regulamento 737.

O tempo mostrou que a Teoria dos Atos de comércio era insuficiente para regulamentar uma atividade tão dinâmica como a atividade comercial. Muitas atividades ficaram de fora dos atos de comércio e desta forma acabaram não recebendo as vantagens que a legislação comercial proporcionava. Um terceiro momento ocorre após a unificação do Direito Privado na Itália, com a feitura do Código Civil italiano, de 1942, que albergou em seu texto o Direito Comercial, e que através dos pensamentos de Cesare Vivante, lançou a Teoria do Direito de Empresa, superando os atos de comércio e influenciando até mesmo na mudança de nomenclatura do ramo do Direito que para muitos juristas passou a ser chamado de Direito Empresarial.

A Teoria de Empresa se explica pela atividade praticada, isto é, se qualifica como empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços. Por atividade econômica se entende aquela que leva em conta os fatores de produção: capital, trabalho, insumos e tecnologia. Muito mais ampla que a Teoria dos Atos de Comércio, a Teoria da Empresa veio suprir as lacunas deixadas por ela aumentando o rol de atuação do Direito Empresarial. Esta é a teoria que hoje vige no Brasil e que apesar de há muito ser prestigiada na jurisprudência pátria veio se estabilizar com a promulgação do Código Civil de 2002.

5.1. Conceito de empresário

O conceito de empresário se encontra em nosso ordenamento exposto na norma do artigo 966 do Código Civil de 2002. Pelo conceito legal, empresário é a pessoa que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços: "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção

ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Destrinchando o art. 966 do CC/02 podemos retirar requisitos essenciais para considerar uma sociedade como empresária, como preleciona Ramos, tais como: profissionalismo, atividade econômica organizada, produção ou circulação de bens ou serviços (2012: 37). Lembrando que pessoa pode ser tanto a pessoa natural, quando o empresário exerce pessoalmente a atividade empresária (empresário individual), ou pode ser pessoa jurídica, sendo constituída pessoa diversa da que a instituiu, separando desta forma os patrimônios (autonomia patrimonial), podendo, neste caso, ser exercida no Brasil tanto na forma de sociedade, por exemplo, a Sociedade Limitada, quanto na forma de EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

Por profissionalismo podemos entender que desta atividade o empresário atua com habitualidade, fazendo desta sua atividade principal. Por atividade econômica extraímos que da atividade empresaria se baseia no lucro como finalidade precípua a ser alcançada pela sociedade, ainda que não o obtenha, é o denominado pela doutrina pelo termo em latim como *animus lucrandi* (Borges, 1991). Por atividade organizada compreende-se que no exercício de atuação a sociedade articula os fatores de produção tais como: capital, trabalho, insumos e tecnologia. Por fim a produção ou circulação de bens ou serviço se dá com a criação de bens ou intermediação em sua circulação. Deixando claro que todas as atividades desde que estejam dentro dos requisitos anteriores serão enquadradas como atividade empresária.

5.2. Atividades simples

O parágrafo único do artigo 966 CC/02 traz o seguinte texto em sua norma: “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” (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Apesar de também ter intuito lucrativo, a atividade tida como simples distingue-se da empresária. Esta exerce sua atividade atuando de maneira *uniprofissional* (como uma sociedade de médicos ou de contadores, por exemplo) e não articula os fatores de produção. Vale lembrar que a norma supracitada

ao fim revela uma exceção. Caso a atividade exercida em sociedade, ainda que simples, se valha na sua atuação da articulação dos fatores de produção, será ela considerada empresária. É o que se entende na doutrina pelo termo elemento de empresa. Como vemos:

(...) nos casos em que o exercício da profissão intelectual dos sócios das sociedades uniprofissionais (que constituem o seu objeto social) constituir elemento de empresa, ou seja, nos casos em que as sociedades uniprofissionais explorem seu objeto social com empresarialidade (organização dos fatores de produção), elas serão consideradas empresárias (Ramos, 2012: 212).

Importante é a definição de elemento de empresa trazida por Tavares Borba:

O trabalho intelectual seria um elemento de empresa quando representasse um mero componente, às vezes até mais importante, do produto ou serviço fornecido pela empresa, mas não esse produto ou serviço em si mesmo. (...) A casa de saúde ou o hospital seriam uma sociedade empresária porque, não obstante o labor científico dos médicos seja extremamente relevante, é esse labor apenas um componente do objeto social, tanto que um hospital compreende hotelaria, farmácia, equipamentos de alta tecnologia, além de salas de cirurgia dotadas de todo um aparato de meios materiais (2012: 19).

5.3. Contrato empresarial

Os contratos estão regulados pelo atual Código Civil brasileiro no título V *Dos Contratos em Geral* (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), mas a pergunta a ser feita é o que tornaria um contrato civil ou um contrato empresarial? A resposta está nos sujeitos que contratam. O conceito de empresário está exposto, como já dito, na norma do art. 966 do CC/02, vejamos novamente: “art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

6. Diálogos das fontes

Se uma das partes contratantes for empresária este será um contrato empresarial. Porém, somente será um contrato estritamente empresarial quando todas as partes forem empresárias e este não for regulado por norma especial como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Caso contrário, se apenas uma das partes é empresária não será um contrato estritamente empresarial, como o contrato de trabalho firmado entre sociedade empresária e um trabalhador ou o contrato administrativo firmado entre o empresário e a administração pública.

Os contratos estritamente empresariais são aqueles que levam a cabo o objeto social dos empresários ou sociedades empresárias nas suas atividades cotidianas, possibilitando o funcionamento do negócio, como um contrato de uma loja com um fornecedor, por exemplo, de produtos que serão revendidos posteriormente. Verifica-se que ambos os contratantes estão atuando como empresários, isto é, na exploração de sua atividade fim. Podemos dizer, portanto, num conceito formulado de acordo com o art. 966 do CC/02 que contratos estritamente empresariais são aqueles utilizados pelo empresário como instrumentos para a exploração de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Neste sentido Fran Martins conceitua: “uma diferença que se pode estabelecer entre contratos civis e comerciais é que estes serão sempre os praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão, enquanto aqueles são os que qualquer pessoa capaz poderá praticar” (1993: 77). Assim, temos quatro regimes jurídicos aplicáveis aos contratos empresariais. O regime de Direito Empresarial do Código Civil, aplicável aos contratos estritamente empresariais. E quanto aos demais contratos, temos outros regimes: o regime trabalhista (CLT), aplicável aos contratos de trabalho; o regime de Direito Administrativo, aplicável em contratos com o poder público; e o regime consumerista (CDC), aplicável quando se enquadrar em relação de consumo (Ulhoa, 2013).

A tese do diálogo das fontes formulada pelo alemão Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, e difundida no Brasil por Cláudia Lima Marques, se consubstancia na comunicação de dois sistemas normativos que possuem aproximação principiológicas (Tartuce, 2014: 27). No Brasil, tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor trazem em si uma principiologia social do contrato e esta comunicação entre eles se justifica. Isto porque os sistemas não se refutam, mas se complementam, *diálogo de complementariedade*. Assim, não se justifica apenas se aplicar a lei com base em critério de hierarquia, cronologia e especialidade, excluindo uma norma em detrimento da outra. Tais critérios de solução de antinomias isolam o sistema, que deve ser interpretado de forma unitária, coordenada, dialogando com suas bases principiológicas. É por essa razão que Tartuce afirma que no futuro o diálogo das fontes substituirá os critérios clássicos de solução de antinomias jurídicas (2012: 66).

O próprio professor Tartuce nos trás importante julgado sobre o tema que explica o instituto:

Civil. CDC. Processo Civil. Apelação cível. Juízo de admissibilidade positivo. Ação de indenização por danos morais. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Notificação cartorária. Cobrança indevida. Prestação de serviços. Relação de consumo configurada. *Incidência do Código Civil. Diálogo das fontes*. Responsabilidade objetiva. Vício de qualidade. Dano moral. configurado. Dano à honra. Abalo à saúde. Quantum indenizatório excessivo. Redução. minoração da condenação em honorários advocatícios. Recurso conhecido e provido em parte” (TJRN, Acórdão 2009.010644-0, Natal, 3.^a Câmara Cível, Rel.^a Juíza Conv. Maria Neize de Andrade Fernandes, DJRN 03.12.2009, p. 39) (2014: 28; grifo nosso).

Diante do exposto está clara a possibilidade da aplicação do CDC e do Código Civil de 2002 concomitantemente através do diálogo das fontes, por apresentarem uma aproximação principiológicas, desde que isto não sirva para prejudicar o consumidor.

7. Aplicação do CDC. O entendimento do Supremo Tribunal Superior de Justiça

Um contrato estritamente empresarial não se confunde com um contrato de consumo, nele as partes (empresários) não se utilizam do acordo para adquirir produtos ou bens como destinatário final, como um consumidor. Tais bens ou produtos são adquiridos para viabilizar ou incrementar as atividades fins da sociedade. Assim, não deve o Código de Defesa do Consumidor (CDC) incidir nestas relações contratuais, está é a regra. Inclusive, é a posição jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como vemos nas decisões abaixo selecionadas por André Santa Cruz (2012: 505):

Competência. Relação de consumo. Utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito. Destinação final inexistente. – *A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.* Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca (Resp 541.867/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Barros Monteiro, 2.^a Seção, j. 10.11.2004, DJ 16.05.2005, p. 227; grifo do autor) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Antônio de Pádua Riberio. Relato para Acórdão: Ministro Barros Monteiro, 16 de maio de 2005).

Conflito positivo de competência. Medida cautelar de arresto de grãos de soja proposta no foro de eleição contratual. Expedição de carta precatória. Conflito suscitado pelo juízo deprecado, ao entendimento de que tal cláusula seria nula, porquanto existente relação de consumo. Contrato firmado entre empresa de insumos e grande produtor rural. Ausência de prejuízos à defesa pela manutenção do foro de eleição. Não configuração de relação de consumo. – *A jurisprudência atual do*

STJ reconhece a existência de relação de consumo apenas quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva. (...) (CC 64.524/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2.^a Seção, j. 27.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 256; grifo do autor) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 09 de outubro de 2006).

Contudo, em alguns casos será possível a aplicação do CDC. O STJ e a doutrina entendem que havendo uma relação onde a empresa na verdade funciona como consumidor final do produto, ou ainda quando mesmo que não seja considerada consumidora final, se posicione como hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica, o CDC poderá incidir sobre a relação. Senão, vejamos:

Recurso especial. Fornecimento de água. Consumidor. Destinatário final. Relação de consumo. Devolução em dobro dos valores pagos indevidamente. Aplicação dos artigos 2.^o e 42, parágrafo único, da Lei n.^o 8.078/90. I – “O conceito de ‘destinatário final’, do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio” (AgRg no Ag n.^o 807.159/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 25.10.2008). II – No caso em exame, a recorrente enquadra-se em tal conceituação, visto ser empresa prestadora de serviços médico-hospitalares, que utiliza a água para a manutenção predial e o desenvolvimento de suas atividades, ou seja, seu consumo é em benefício próprio. III – *A empresa por ser destinatária final do fornecimento de água e, portanto, por se enquadrar no conceito de consumidora, mantém com a recorrida relação de consumo, o que torna aplicável o disposto no artigo 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90.* IV – *Recurso especial conhecido e provido* (REsp 1.025.472/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1.^a Turma, j. 03.04.2008, DJe 30.04.2008; grifo nosso) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Francisco Falcão, 30 de abril de 2008).

Processo Civil e Consumidor. Agravo de instrumento. Concessão de efeito suspensivo.

Mandado de segurança. Cabimento. Agravo. Deficiente formação do instrumento. Ausência de peça essencial. Não conhecimento. Relação de consumo. Caracterização. Destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Atividade empresarial. Mitigação da regra. Vulnerabilidade da pessoa jurídica. Presunção relativa. (...) – A jurisprudência consolidada pela 2.^a Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. *Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4.^o, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.* – (...) *Recurso provido* (RMS 27.512/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 20.08.2009, DJe 23.09.2009; grifo nosso) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 23 de setembro de 2009).

Em recentíssima decisão, o STJ, através de sua 3.^a Turma decidiu de forma unânime a aplicação do CDC no contrato de seguro. Caso em que ainda pairava certa divergência doutrinária e jurisprudencial. Segundo o julgado, o CDC será aplicável ao contrato de seguro quando este tiver como objeto segurar os bens ou produtos da sociedade, ainda que se destine a posterior venda ao consumidor final, sem que, no entanto, este seguro se estenda ao consumidor. Isto é, o seguro serve para resguardar apenas os produtos enquanto estoque da sociedade, mas não segurar o consumidor final.

No caso entendeu o STJ que consumo não se confunde com insumo. Que se o seguro é feito com objetivo de resguardar o estoque do estabelecimento e não é extensível ao consumidor final, a sociedade empresária se coloca em situação de consumidora final, o que implica na incidência do regime consumerista ao contrato. Como vemos:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO EMPRESARIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA PRÓPRIA PESSOA JURÍDICA. DESTINATÁRIA FINAL DOS SERVIÇOS SECURITÁRIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DO CDC. COBERTURA CONTRATUAL CONTRA ROUBO/FURTO QUALIFICADO. OCORRÊNCIA DE FURTO SIMPLES. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. FALHA NO DEVER GERAL DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).

3. Há relação de consumo no seguro empresarial se a pessoa jurídica o firmar visando a proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), sem o integrar nos produtos ou serviços que oferece, mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, pois será a destinatária final dos serviços securitários. Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC.

4. A cláusula securitária a qual garante a proteção do patrimônio do segurado apenas contra o furto qualificado, sem esclarecer o

significado e o alcance do termo “qualificado”, bem como a situação concernente ao furto simples, está eivada de abusividade por falha no dever geral de informação da seguradora e por sonegar ao consumidor o conhecimento suficiente acerca do objeto contratado. Não pode ser exigido do consumidor o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero. (...) 5. Recurso especial provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2014).

8. Os contratos de massa e o regime jurídico de Direito Empresarial

Podemos classificar os contratos quanto à liberdade de estipular cláusulas e condições em: *contratos paritários*, *contratos de adesão* e *contratos de massa*. Os *contratos paritários* são aqueles em que as partes estão em igualdade de condições para debater e discutir as estipulações contratuais. Há, em tese, um equilíbrio mínimo entre os sujeitos da avença. Por sua vez, diferentemente do *contrato paritário*, os *contratos de adesão* não possuem margem de estipulação e debate das cláusulas e condições do contrato. As cláusulas estão pré-dispostas por uma das partes e a outra apenas adere ao contrato nas condições em que ele está. Há, portanto, uma condição de assimetria entre as partes. É um contrato comum nas relações de consumo, inclusive regulado pelo CDC no art. 54, como vemos:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990).

Os *contratos de massa*, também chamados de contrato-tipo, por sua vez são um intermédio entre

os *contratos paritários* e o *contrato de adesão*. Neste tipo de contrato existem, assim como no contrato de adesão, cláusulas preestabelecidas, contudo aqui há a possibilidade de debate da avença, modificando, excluindo ou incluindo cláusulas. Neste caso, ainda que as cláusulas estejam predispostas, os sujeitos contratantes possuem as suas vontades paritárias. O sujeito que não predispôs as cláusulas as aceita por serem elas suficientes às suas necessidades na contratação, podendo ainda eventualmente discutí-las e modificá-las se necessário.

Podemos afirmar, deste modo, que os *contratos paritários* e o *contrato de massa* apresentam simetria entre as partes, enquanto o *contrato de adesão* apresenta uma assimetria entre os contratantes. Cumpre ressaltar, seguindo a lição de Flávio Tartuce, que se deve entender o *contrato de adesão* de forma ampla, de modo a englobar o contrato-tipo ou de massa. Como vemos:

Portanto, o contrato de adesão é aquele em que uma parte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente, duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio. Na opinião deste autor, o conceito deve ser visto em sentido amplo, de modo a englobar todas as figuras negociais em que as cláusulas são preestabelecidas ou predispostas, caso do contrato-tipo (Tartuce, 2014: 46).

Assim, portanto, o *contrato de massa* nada mais é do que um tipo ou espécie de *contrato de adesão* e que se apresenta com certa maleabilidade quanto à liberdade de estipular suas cláusulas e condições. A pergunta que se faz é se poderia um *contrato de adesão* ser um contrato estritamente empresarial? É certo que se define o contrato estritamente empresarial pelos sujeitos que contratam, se estes são empresários e pelo objeto do contrato, quando este visa explorar a atividade econômica organizada objeto social do empresário ou sociedade empresária, configurando, portanto, o contrato estritamente empresarial. Neste caso, os contratantes se encontram em igualdade formal. Sendo assim, se um contrato estritamente empresarial tem a premissa da igualdade jurídica formal ficaria impossibilitado de se dar na forma de contrato puramente de adesão, pois não se visualiza lógico aceitar que havendo paridade entre os sujeitos, um imponha sua vontade ao outro.

De outro lado, é plenamente possível um contrato estritamente empresarial de adesão desde que este seja do tipo *contrato de massa* ou contrato-tipo, pois como exposto, neste caso os sujeitos do contrato estão em paridade de armas e ainda que haja cláusulas predispostas essas podem ser discutidas e modificadas caso necessário.

9. Princípios clássicos dos contratos

Princípio é, na concepção etimológica da palavra, início, nascedouro e, portanto, designa o começo de algo. Existem algumas concepções sobre a natureza jurídica dos princípios no mundo jurídico. Numa definição mais clássica, proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua-se como “mandamentos nucleares de um sistema” (MELLO, 2014: 451). Já, mais modernamente, cunhado pelos estudos do Alemão Robert Alexy, temos que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas de caráter aberto que determinam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com o fato concreto (Da Silva, 2011: 35). Classicamente, a doutrina refere-se aos princípios relativos aos contratos enumerando os seguintes: *autonomia privada*, *consensualismo*, *relatividade dos efeitos*.

9.1. Autonomia privada

A autonomia privada, outrora denominada autonomia da vontade (denominação utilizada quando quase não havia limites na autonomia de contratar), é o poder de autorregulação da avença pelas partes, estabelecendo os parâmetros do acordo como se a lei entre as partes fosse (*pacta sunt servanda*), revestindo-se, portanto, de força obrigatória (princípio da força obrigatória do contrato). Neste sentido Simão explica: “(...) como ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, a lei empresta sua força obrigatória ao contrato e, portanto, o contrato é lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e, então, temos a sua força obrigatória” (2012: 9).

Sabemos que ninguém é obrigado a contratar, mas se assim o fazem, torna-se obrigatório o que se estipulou, se feito dentro dos limites impostos pelo ordenamento. Neste sentido vale a brilhante lição de Pereira:

Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos (2012: 39).

Tal princípio hoje é limitado pelos preceitos constitucionais como a função social, por exemplo. Desta forma Pereira adverte que a função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório (2014: 37).

9.1.2. Atipicidade dos contratos empresariais

Como um desdobramento do princípio da autonomia privada e do consensualismo, nos contratos empresariais surge o princípio da atipicidade dos contratos empresariais que confere às partes a possibilidades de criarem contratos atípicos, isto é, não previstos expressamente em lei. Um contrato típico é normalmente um contrato regulado em diversos quesitos, o que diminui a liberdade de contratação, extremamente importante para o mundo dos negócios. Ramos entende que a atipicidade dos contratos empresariais deveria ser a regra geral, devendo o legislador evitar ao máximo a criação de contratos típicos (2012: 514). Assim os empresariais adaptariam cada contrato às suas necessidades.

9.2. Consensualismo

O princípio do consensualismo tem como norte

que basta que haja consenso sobre a avença entre as partes para que se forme o contrato. Isto é, não se faz necessário maiores solenidades, salvo quando expressamente exigido por lei. Assim a regra é que o contrato possui forma livre. Tal princípio encontra amparo no art. 104, III CC/02: “A validade do negócio jurídico requer: (...) III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Quando a lei afirma “forma não defesa em lei”, isto é, forma não proibida por lei, está dizendo que a regra do jogo é a informalidade, sendo a forma prescrita uma exceção à regra. Porém, caso exista exigência legal para que determinado contrato siga forma predefinida e este não é respeitado o contrato padece de vício de nulidade absoluta nos termos do próprio artigo supracitado. Tal princípio está intimamente ligado à autonomia privada, de tal forma que alguns doutrinadores o utilizam como sinônimos. Neste sentido é imprescindível a lição de Wald:

(...) a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização (Wald, 1995: 162).

Neste caso, para o autor supracitado, o consensualismo seria a autonomia privada na sua perspectiva da liberdade de contratar. Isto é, de escolher com quem contratar e se quer contratar, bastando o consenso das partes para estabelecer a avença. Enquanto a autonomia privada, tratada em subitem anterior seria a liberdade contratual, isto é de estabelecer o conteúdo do contrato.

Interessante ponto que consagra o princípio do consensualismo no Direito Comparado, de cristalina objetividade, pode ser visualizado na moderna legislação do Anteprojeto de Código Mercantil espanhol, aprovado em 2014, vejamos: “Artículo 413-1. Momento de perfección del contrato 1. Salvo disposición contraria de la ley, los

contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento” (ESPANHA, Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 05 de maio de 2014). Em outro ponto do citado anteprojeto espanhol ainda vemos: “Artículo 413-8. formalización por escrito. 1. La celebración del contrato por escrito sólo será requisito necesario para su validez si la Ley lo establece así expresamente” (ESPANHA, Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 05 de maio de 2014). Neste caso a forma livre é a regra, e a forma escrita exceção, consagrando mais uma vez o princípio do consensualismo.

9.3. Relatividade dos efeitos

A principal função do contrato é gerar os efeitos queridos pelas partes, esta é a regra que fundamenta o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Contudo, como já vimos, esta regra não é absoluta, pois sabemos que o contrato gera efeitos externos a ele. Neste sentido nos ensina Tartuze que afirma:

De qualquer forma, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, consubstanciado na antiga regra *res inter alios*, também encontra limitações, na própria codificação privada ou mesmo na legislação extravagante aplicável aos contratos. Em outras palavras, é possível afirmar que o contrato também gera efeitos perante terceiros (2014: 128).

Assim, os contratos em regra vinculam e surtem efeitos àqueles que da avença participaram (*res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*). Não pode afetar terceiros nem para beneficiar, sequer para prejudicar. Contudo, sabe-se, como exceção a esta regra que se pode estabelecer benefício a terceiros, por via da estipulação em favor de terceiros, como num contrato de seguro de vida por exemplo.

10. Conclusão

Após análise do novo ordenamento jurídico, baseado na constitucionalização do Direito, dando substrato valorativo ao Direito Privado, conclui-se que o instituto do contrato, importante instrumento

na transferência de riqueza é primordial ao exercício da livre iniciativa. É o que possibilita o empreendedor explorar o direito de empresa. Empreender, exercer o direito de empresa é antes de tudo direito protegido constitucionalmente e é através dos contratos que se dá vazão a este direito. O novo ordenamento jurídico brasileiro, baseado na dignidade da pessoa humana e na função social, traz para este instituto a justiça que nem sempre houve.

Apesar de o contrato estritamente empresarial ser, em tese, firmado entre partes que estão em relativa posição de igualdade, esta posição é apenas hipotética, formal, pois sabemos que o poderio de um empresário é diferente do outro. Há empresários que possuem mais lastro e caixa para fazer frente a suas obrigações enquanto outros, pequenas e médias empresas, pequenos empreendedores, não têm tanta facilidade em adimplir suas obrigações contratuais, sendo para estes o exercício da empresa uma tarefa difícil, baseada na gana de vencer e realizar seus sonhos de um futuro melhor.

Contrato empresarial é, portanto, um instrumento de que pequenos e grandes empreendedores necessitam para exercer suas atividades diretas e indiretas no exercício da empresa e que a nova ordem jurídica visa resguardar com base nos princípios emanados da Carta Magna, trazendo o ser humano e a solidariedade para o centro dos valores primordiais a serem protegidos, deixando para trás a velha ordem onde o patrimônio e a individualidade guiava o Direito Privado.

NOTAS

¹ Deve-se ao juriconsulto Gaio o trabalho de sistematização das fontes das obrigações, desenvolvidas posteriormente nas Institutas de Justiniano, que seriam distribuídas em quatro categorias de causas eficientes: a) o contrato, compreendendo as convenções, as avenças firmadas entre duas partes; b) o quase contrato, tratava-se de situações jurídicas assemelhadas aos contratos, atos humanos lícitos equiparáveis aos contratos, como a gestão de negócios; c) o delito, consistente no ilícito dolosamente cometido, causador de prejuízo para outrem; d) o quase delito, consistente nos ilícitos em que o agente atuou culposamente, por meio de comportamento carregado de negligência, imprudência ou imperícia (Gagliano & Pamplona, 2013, p.42).

² De Oliveira *apud* Schier, 1999, p. 104, nota 5.

³ Sztajn e Verçosa (2011): “Na verdade, não precisamos de um novo Código Comercial. Precisamos de mais e melhores comercialistas, do tipo Sylvio Marcondes, Oscar Barreto Filho e Mauro Brandão Lopes, lacuna que as nossas faculdades de direito não estão preenchendo, lamentavelmente”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. (2011). *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros.

BARROSO, Luís Roberto. (2012). *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum.

BOBBIO, Norberto. (2007). *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole.

BORBA, José Edwaldo Tavares. (2012). *Direito Societário*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

BORGES, João Eunápio. (1991). *Curso de direito comercial terrestre*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultado [03/10/2014].

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm]. Consultado [03/10/2014].

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Recuperado de [<http://www.planalto.gov.br>]

ccivil_03/leis/l8078.htm]. Consultado [03/10/2013].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Resp 541.867/BA. Relator Ministro Antônio De Pádua Ribeiro. Relator para Acórdão Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 16 de maio de 2005. Recuperado de [https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1702877&sReg=200300668793&sData=20050516&sTipo=5&formato=HTML]. Consultado [04/10/2014].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 64.524 - MT.. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 09 de Outubro de 2006. Recuperado de [https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2593263&sReg=200601237050&sData=20061009&sTipo=5&formato=HTML]. Consultado [04/10/2014].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.025.472 - SP. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 30 de Abril de 2008. Recuperado de [https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3722883&sReg=200800133166&sData=20080430&sTipo=5&formato=HTML]. Consultado [04/10/2014].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 27.512/BA.. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 20 de agosto de 2009. Recuperado de [https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6095725&sReg=200801579190&sData=20090923&sTipo=5&formato=HTML]. Consultado [04/10/2014].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.352.419 - SP. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Brasília, DF, 08 de setembro de 2014. Recuperado de [https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=36569219&sReg=201202290330&sData=20140908&sTipo=5&formato=HTML]. Consultado [04/10/2014].

CARVALHO REZENDE DE OLIVEIRA, Rafael. (2013). *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

COELHO, Fábio Ulhôa. (2013). *Manual de Direito Comercial*. 17º ed. São Paulo: Saraiva. vol. 2.

ESPAÑA. Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 05 de Maio de 2014. Ministério de Justicia; Ministério de Economía y Competitividad. Recuperado de [http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_C%3%93DIGO_MERCANTIL__TEXTO_WEB%2C2.PDF.PDF]. Consultado [04/02/2015].

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. (2013). *Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB*. Salvador: Jus Podivm.

_____. (2007). *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FUZA, César. *Direito civil. Curso completo*. (2012). 15º ed. Belo Horizonte: Del Rey.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (2014). *Novo curso de Direito Civil*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva. vol. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. (2013). *Direito civil brasileiro*. 11ª. ed.. São Paulo: Saraiva. vol.1

KELSEN, Hans (2012). *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais (Obra originalmente publicada em 1934).

MARTINS, Fran. (1993). *Contratos e obrigações comerciais*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (2004). *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros.

NALIN, Paulo. (2008). *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2º ed.. Curitiba: Juruá.

NEGRÃO, Ricardo. (2012). *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva. vol. 1.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. (2014). *Instituições de direito civil*. Contratos. Rio de Janeiro: Forense. vol. 3.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. (2012). *Direito empresarial esquematizado*. 4º ed. Rio de Janeiro: Método.

SIMÃO, José Fernando. (2011). *Série leituras jurídicas: provas e concursos. Direito Civil*. Contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas. vol. 5.

SZTAJN, Rachel e VERÇOSA, Horoldo Malheiros Duclerc. O Brasil precisa de um novo Código Comercial? . Migalhas, ano 2011. 21 jul. 2011. Recuperado de [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137734,61044-O+Brasil+precisa+de+um+novo+Codigo+Comercial]. Consultado [03/10/2014].

TARTUCE, Flávio. (2014). *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

_____. (2014b) *Direito Civil: teoria geral dos contratos em espécie*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. vol. 3.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. (2002). *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas.

WALD, Arnoldo. (1995). *Obrigações e Contratos*. 12º ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais.