

# **BREVE ENSAIO SOBRE A AUTONOMIA DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS**

**Raphael Fraemam Braga Viana**

**Humberto João Carneiro Filho**

## BREVE ENSAIO SOBRE A AUTONOMIA DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Brief exposition about autonomy of the intercompany contracts  
Revista de Direito Privado | vol. 63/2015 | p. 103 - 124 | Jun - Set / 2015  
DTR\2015\13089

---

### Raphael Fraemam Braga Viana

Aluno da graduação no curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Monitor da disciplina de Direito Civil I nos semestres 2013.1 e 2013.2. Pesquisador de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq 2014-2015). raphaelfraemam@hotmail.com

### Humberto João Carneiro Filho

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutorando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). humbertocarneiro@gmail.com

**Área do Direito:** Civil; Comercial/Empresarial

**Resumo:** O artigo busca refletir e tentar apresentar soluções ao desenlace da controvérsia acerca da existência ou não dos contratos interempresariais como uma categoria contratual autônoma, sobretudo após a promulgação do Código Civil de 2002 e o intento de unificação do direito privado. Tenta-se delinear as peculiaridades dos contratos interempresariais perante outros regimes contratuais a que se submetem os contratos celebrados entre empresários, fazendo-se menção à perspectiva apresentada pelo Projeto de Código Comercial (Projeto de Lei 1.572/2011) sobre a temática.

**Palavras-chave:** Contratos interempresariais - Categoria contratual autônoma - Unificação do direito privado - Projeto de Código Comercial.

**Abstract:** This article tries to expose and gives a solution for the commercial law doctrinal controversy about the existence of the intercompany contracts as an autonomous category, especially after the 2002 Brazilian Civil Code and the intent of unification of private law. Tries to comprehend the specificities of the intercompany contracts in the face of other contractual arrangements referring to the perspective of the Brazilian's draft Commercial Code (Law project n. 1.572/2011) about the subject.

**Keywords:** Intercompany contracts - Contracts as an autonomous category - Unification of private law - Brazilian's draft Commercial Code.

### Sumário:

1.Prolegômenos: unificação do direito privado e regimes jurídicos dos contratos interempresariais - 2.O dualismo entre os regimes contratuais do direito privado: interempresariais x civis x consumeristas - 3.O advento dos novos princípios contratuais (princípios sociais) e a importância dos contratos interempresariais como categoria

contratual autônoma - 4.As peculiaridades dos contratos interempresariais em face da teoria geral dos contratos - 5.Considerações finais - 6.Referências bibliográficas

## **1. Prolegômenos: unificação do direito privado e regimes jurídicos dos contratos interempresariais**

Uma das características mais marcantes do Código Civil vigente foi a de tentar proceder, em seu bojo, à unificação das obrigações de direito privado, na senda do que ocorrera na Itália em meados do século passado com a promulgação do *Codice Civile* de 1942, partindo da ideia de indecomponibilidade entre obrigações civis e mercantis, dada a unicidade da essência das obrigações. Assim, após anos de discussões e tentativas unionistas<sup>1</sup> o Código Civil tentou englobar não só a disciplina do direito civil, como também a das obrigações de natureza empresarial (assim denominadas em face da acolhida da teoria da empresa).

Tal tentativa acarretou em algumas mudanças, principalmente no que diz respeito aos contratos civis e empresariais. O Código Civil de 2002, ao unificar o tratamento da matéria contratual, não fez divisão expressa daquilo que diria respeito especificamente à disciplina civil e o que estaria cingido às vicissitudes do regime empresarial.

Alguns poderiam pensar que deixaram de existir contratos empresariais (ou mercantis), uma vez que as regras que já existiam a respeito dos contratos civis agregariam outras específicas de direito empresarial, sendo os regimes contratuais cingidos a uma única disciplina. Considerando tal hipótese, é de se questionar se há sentido em se defender a existência dos contratos empresariais já que inexiste uma distinção expressa no texto de lei, a ponto de, em outras palavras, justificar uma autonomia explícita de tais contratos. Ademais, considerando os debates atuais em torno do Projeto de Código Comercial (PL 1.572/2011), merece especial atenção a natureza das obrigações empresariais e, por conseguinte, o modo com que se enfrenta a questão da autonomia dos contratos empresariais naquele Projeto de Lei.

Primeiramente, há de se procurar empreender um raciocínio a partir de uma perspectiva histórica. Deve-se, dessa maneira, buscar algum sentido na autonomia e independência dos contratos empresariais. Enquanto o Título V "Dos Contratos e Obrigações Mercantis" do Código Comercial de 1850 estava em vigor, não haviam dúvidas acerca da existência dos contratos mercantis, até porque o Código Comercial falava expressamente neles no seu art. 121: "As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código".

Este artigo era de grande importância porque atestava existirem regras especiais para os contratos comerciais (tais regras encontradas no Código Comercial) e que as regras do direito civil só seriam aplicáveis em caráter supletivo.

Questão interessante é que, primeiramente, existiam dois regimes aos quais tais contratos se subordinavam: o *comercial* e o *civil*. A partir de 1991, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os contratos celebrados por empresários puderam

também ser submetidos ao regime consumerista, perdendo força a ênfase unissubjetiva (contratante-empresário) para a definição do regime propriamente comercial, ganhando importância o fundamento relacional existente no negócio. Nos dizeres de Ulhoa Coelho, “por uma fórmula bastante genérica, e ainda um tanto imprecisa, o regime jurídico aplicável passou a variar segundo empresário a empresário (direito comercial), empresário a não empresário (direito do consumidor) ou não empresário a não empresário (direito civil)”.<sup>2</sup>

Com o advento do Código Civil de 2002 e com a tentativa de unificação do direito privado, a autonomia dos contratos mercantis foi, aos poucos, deixada de lado. O caráter e as peculiaridades dos contratos mercantis foram, de certa maneira, fadados ao esquecimento. Waldirio Bulgarelli<sup>3</sup> destacava que a distinção entre os contratos civis e mercantis já vinha sofrendo um certo enfraquecimento com a unificação do processo já em 1875 (quando foram extintos os Tribunais de Comércio), não se fazendo mais tão necessária a distinção entre atividade comercial e atividade civil. Também a partir do Código de Defesa do Consumidor, a noção do que é contrato mercantil passou a ficar nebulosa: “Outrora, do ponto de vista subjetivo, a presença de uma única empresa (ou comerciante) na relação bastava para atribuir comercialidade ao contrato; hoje essa qualificação requer que o vínculo seja estabelecido exclusivamente entre empresas”.<sup>4</sup> Com efeito, os paradigmas em que se assentava a ideia de contrato mercantil – como a realização de ato de comércio ou exercício de profissão mercantil pelo comerciante sofreram forte abalo – sobretudo após a acolhida, no Brasil, da teoria de empresa e o surgimento do Direito do Consumidor como um microsistema normativo.

O critério subjetivo, portanto, não é mais suficiente para caracterizar um contrato como sendo mercantil. Em outras palavras, não é a mera presença de um empresário no polo da relação contratual que confere à avença a qualidade de mercantil, visto que pode-se estar perante uma modalidade contratual submetida à disciplina consumerista (ou mesmo outras mais específicas, como a de direito administrativo e a trabalhista).

Assim, a doutrina brasileira passou a ter grande dificuldade para tecer considerações especiais acerca de uma autonomia de contratos empresariais, sobretudo após o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. A grande parte dos manuais de direito empresarial termina por evitar tocar no assunto e passa a tratar diretamente dos contratos típicos, que estão regulados pelo Código Civil. Paula Forgioni, atenta a isso, comenta reflexos da unificação na parte contratual empresarial: “Ocorre que essa unificação trouxe consigo o descaso pela teoria geral dos contratos mercantis (...). Esse foi o caminho naturalmente trilhado pela doutrina. Com o passar do tempo, à medida que eram desgastadas as poucas diferenças que ainda restavam entre os regramentos, menor se fazia a preocupação com a sistematização de uma teoria geral dos contratos mercantis”.<sup>5</sup>

Partindo desses pressupostos é de se indagar qual sentido de se estudar diretamente os contratos mercantis disciplinados no Código Civil de maneira separada daqueles contemplados nos manuais de direito civil. Ora, se não há uma visão diferenciada para os contratos empresariais, qual seria a diferença se os contratos típicos fossem disciplinados nos manuais pelos civilistas?

Se a própria doutrina empresarial enfrenta dificuldades para caracterizar ou até mesmo conceituar o que seria um contrato empresarial, visto que o seu conceito foi fortemente rediscutido a partir do Código de Defesa do Consumidor, como seria possível eleger tais e quais contratos típicos como sendo empresariais e outros como não empresariais? Esta é uma posição que não é fácil de ser tomada e tampouco de ser defendida, contudo, parece ser necessária. Dadas as peculiaridades negociais que envolvem a dinâmica empresarial exige-se uma definição que considere contemplada juridicamente normas específicas para os casos de contratos empresariais, estremando-os dos contratos consumeristas e dos propriamente civis.

## **2. O dualismo entre os regimes contratuais do direito privado: interempresariais x civis x consumeristas**

Como já foi afirmado, a doutrina majoritária, aparentemente, não parece ter uma preocupação em destacar uma autonomia de uma teoria geral de contratos empresariais, tudo em virtude dos contratos civis e empresariais serem submetidos ao mesmo texto normativo (Código Civil). Por causa do dualismo entre os regimes cível e consumerista, a primeira preocupação que aqui procura-se expor é, justamente, definir como se dá a aplicação contratual entre esses dois regimes. A esse respeito, a professora Claudia Lima Marques assim afirma: "Os contratos entre empresários ou estão regulados pelo regime cível ou pelo de tutela dos consumidores. Submetem-se ao primeiro, em que é altamente prestigiada a autonomia da vontade, os contratos celebrados entre empresários iguais. Por sua vez, submetem-se ao direito do consumidor, caracterizado por normas cogentes sobre as obrigações das partes, os contratos entre empresários em que um deles é consumidor (figura como destinatário final, sob o ponto de vista econômico e não físico, da mercadoria ou serviço) ou se encontra em situação análoga à de consumidor (vulnerabilidade econômica, social ou cultural)".<sup>6</sup>

Empreender tal distinção é relevante porque, uma vez aplicado o regime civil para os contratos empresariais, certamente serão deixadas de lado a observância de certas nuances que são decorrentes dos costumes mercantis e da natureza dinâmica e cosmopolita das relações empresariais. Assim, há de se questionar como seria possível suscitar, ainda hoje, a independência dos contratos empresariais. Nessa tendência, Waldo Fazzio Jr. suscita que: "No direito brasileiro, presente a impossibilidade de sistematizar com precisão matemática um quadro de subsunção normativa dos contratos mercantis, a doutrina e a jurisprudência recomendam a adoção de algumas diretrizes para sua interpretação, tais como a natureza do objeto e a condição dos contratantes".<sup>7</sup>

A ideia do Código Comercial de 1850 era a de que, para um contrato ser caracterizado como mercantil e, por consequência, ser regido de acordo com o regime comercial e não o civil, bastaria que uma das partes fosse comerciante.

A partir da perspectiva do novo Código Civil e também do Código de Defesa do Consumidor, tal ponto de vista deve ser alterado, não mais enfocando apenas na figuração do comerciante/empresário em um dos polos da relação contratual para fins de qualificação do contrato que celebra como empresarial/mercantil. É que há diversos

regimes contratuais outros (como o administrativo, consumerista e trabalhista) a que pode se submeter um contrato celebrado por alguma pessoa revestida da qualidade de empresária. Para corroborar com este argumento, ressalte-se, novamente, as lições de Claudia Lima Marques no sentido de que: "(...) a definição subjetiva neste novo direito privado solidário é relacional: assim, um leigo frente a outro civil, será uma relação puramente de direito civil; o mesmo civil frente a um empresário, ou fornecedor, será uma relação de consumo; e este empresário ou profissional, talvez no mesmo tipo contratual de compra e venda, de transporte de coisas, de mandato, se frente a outro empresário ou profissional, será uma relação empresarial ou do antigo direito comercial. É um direito privado complexo, que diferencia subjetivamente para proteger os mais fracos, mas que valora a presença no outro polo da relação contratual ou extracontratual de um leigo ou *expert* (...)".<sup>8</sup>

Por tais razões, vale destacar o direito do consumidor porque, à medida em que há uma maior consolidação dos contratos consumeristas, passa-se a existir uma "revigoração" dos contratos mercantis. O direito do consumidor conseguiu causar uma mudança na ideia de contrato empresarial, porém, ao mesmo tempo, fez com que voltássemos a observar, com mais cuidado, os ditames de um contrato empresarial ou, melhor dizendo, interempresarial (visto que é um contrato em que figuram empresários nos dois lados). Como bem dito por Claudia Lima Marques, nos contratos interempresariais, figuram dois profissionais como partes contratantes. Por serem profissionais, as partes detêm um maior conhecimento acerca dos assuntos os quais irão contratar.

Deve-se presumir que um empresário é muito mais preparado e consciente para a celebração dos seus negócios jurídicos do que um leigo que realiza um negócio jurídico com outro leigo. Deve existir a presunção de que o empresário estuda, se prepara e está sempre em busca de adquirir a maior quantidade de conhecimentos possíveis a respeito dos negócios que ele irá tratar como profissional. Logo, há de se concluir que a maneira pela qual os negócios jurídicos civis são celebrados é totalmente diferente da maneira pela qual os interempresariais o são. Enquanto naqueles, existe a pressuposição de que a parte escolhe "entre fórmulas preexistentes aquela que mais lhe apraz",<sup>9</sup> os negócios empresariais possuem uma força jurígena com muito mais intensidade nos usos e costumes do que nos arcabouços normativos dos Códigos.<sup>10</sup> Por tais razões, não é recomendado, de forma alguma, que um contrato interempresarial seja analisado da mesma maneira que os contratos civis.

Quando os contratos consumeristas, cíveis e interempresariais são analisados, faz-se necessário que exista muita cautela para que seja possível delimitar a atuação estatal e a função social do contrato de acordo com os ditames do Estado Moderno. Deve ser observada uma ordem gradativa de atuação estatal a depender da espécie de contrato que foi celebrado. E não é difícil de se chegar a tais conclusões, basta que haja uma reflexão acerca do caráter subjetivo da composição contratual.

Nos contratos consumeristas, há, de um lado, o fornecedor (um profissional) e, do outro lado, o consumidor (um leigo). Ora, é óbvio e claro que o consumidor está em situação de desvantagem em relação ao fornecedor. Existe um profissional que depende de tais negócios jurídicos para a sua subsistência, de um lado, e, do outro, está um leigo que, regra geral, tem bem menos conhecimentos sobre o objeto mediato do contrato. Essa

defasagem, esse desequilíbrio contratual deve ser protegido pela legislação e, conseqüentemente, com meios de proteção ao consumidor para que a discrepância entre as duas partes não fique tão grande.

Um dos requisitos para os contratos, em geral, é que ele seja celebrado por agentes capazes. Nos contratos civis, nós temos dois leigos realizando a operação. Nenhum dos dois, regra geral, possui um conhecimento aprofundado acerca do objeto mediato do contrato e os dois têm a capacidade de fato para celebrar os negócios jurídicos. Deve existir, então, uma pressuposição de que eles têm plena autonomia e independência para celebrar os contratos como iguais porque, em tese, possuiriam a consciência das possíveis conseqüências que a celebração do negócio jurídico poderia acarretar.

Contudo, apesar da presunção de que existe uma equivalência contratual e que as partes são iguais, deve-se ter em mente que são dois leigos e que o contrato, desde a constitucionalização do direito civil, deverá respeitar os princípios sociais contratuais (função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material etc.). Com esse intuito, foram criados e ampliados mecanismos que permitem a alteração nas condições dos contratos civis em busca de uma maior harmonia e de um maior equilíbrio. Tais mecanismos são: lesão, teoria da onerosidade excessiva, teoria da imprevisão, aplicação da *rebus sic stantibus*, entre outros.

Agora, tratando de contratos interempresariais, como já foi afirmado, existem dois *experts* no assunto. Deve ser levado em consideração que ambas as partes realizam os contratos de maneira profissional e com o escopo de lucro. Nas palavras de Eros Roberto Grau: "Ademais, há de se admitir que ninguém contrata pelo mero prazer de trocar declarações de vontade (...)".<sup>11</sup> Tal afirmação deve ser revestida ainda de mais força no que tange aos contratos interempresariais porque, nesses casos, as partes contratantes são profissionais, especialistas no objeto mediato dos contratos que praticam ou, pelo menos, deveriam ser.

Por tais razões, deve existir um olhar diferenciado para os contratos interempresariais quando comparados com os contratos civis. Os contratos interempresariais devem gozar de uma maior independência e do menor intervencionismo estatal possível, dentro dos moldes da Constituição Federal de 1988.

Tal premissa se dá porque o empresário, por ser profissional, tem plena consciência dos riscos da situação negocial, o empresário possui uma noção com maior profundidade dos riscos do negócio. Os defensores da autonomia dos contratos mercantis, pautam-se, justamente, no discurso de que não se devem aplicar determinadas regras do direito civil aos contratos interempresariais porque, no mundo do livre mercado, é natural o enriquecimento para o empresário que contrata bem e o prejuízo para o que contrata mal. São as regras do jogo e o jogo não é fácil, os que jogam devem estar preparados para ganhar e também para perder: "A regra de ouro do livre mercado é a seguinte: o empresário que acerta, ganha; o empresário que erra, perde. Portanto, a intervenção estatal prévia (dirigismo contratual) ou posterior (revisão judicial) nos contratos empresariais deturpa a lógica natural do livre mercado, cria risco moral e traz insegurança jurídica para as relações interempresariais".<sup>12</sup>

Todavia, antes de uma análise sobre as peculiaridades que os contratos mercantis



merecem receber, deve-se chamar a atenção para um detalhe: o empresário realiza outros contratos que não os empresariais. Existe a possibilidade de um contrato entre empresários não ser visto como um contrato interempresarial, mas como um contrato consumerista.

É bem verdade que o empresário atua como um contratante profissional, possui profundo conhecimento do objeto mediato dos contratos que realiza, tudo com o escopo de lucro. O art. 966 do CC nos traz o conceito de empresário: "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

É uma demanda, cada vez maior, que o empresário esteja preparado e especializado no ramo de sua atividade empresarial. E o que ocorre se um empresário contrata com outro empresário por meio de um negócio jurídico que possui um objeto mediato que nada tem relação com o ramo de sua atividade empresarial? E se o objeto mediato do contrato não possui nenhuma relação com o produto que irá ser produzido e vendido pelo empresário? Tal empresário, obviamente, não será um *expert* no objeto que está contratando. Não sendo um especialista, deve-se considerar que ele não possui conhecimentos aprofundados em relação ao objeto, o que o coloca em desvantagem diante da outra parte contratante.

Por exemplo, o contrato entre a empresa Tício Colchões Mágicos Ltda. e uma companhia de fornecimento de água não deve ser considerado como um contrato interempresarial. A empresa Tício Colchões Mágicos Ltda. é especialista na fabricação de colchões e não deve ser vista como uma *expert* quando contrata fornecimento de água porque a água não possui relação alguma com o produto manufaturado pela empresa. Há de se considerar que é totalmente possível que um empresário realize negócios em que ele estará em uma posição de vulnerabilidade em detrimento de outro empresário. Estes, sim, são casos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor: "Trata-se da teoria finalista aprofundada, ou seja, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nos litígios somente em casos de vulnerabilidade fática, econômica ou técnica provada em concreto, não sendo justificável a tutela do Código de Defesa do Consumidor numa relação na qual se contate apenas mera fragilidade de uma das partes".<sup>13</sup>

O critério utilizado para ponderar se o objeto da relação contratual realizada entre dois empresários será de direito consumerista ou de direito interempresarial deverá ser a análise e conclusão do objeto do contrato. Deverá ser analisado se tal objeto é um insumo ou utilizado pelo empresário como se ele fosse o seu destinatário final.

Na hipótese do objeto do contrato ser utilizado para o incremento ou melhoramento do produto manufaturado pelo empresário, tal bem será considerado um insumo. Por outro lado, o empresário poderá fazer uso desse bem como um destinatário final que, nas palavras de Claudia Lima Marques é: "(...) destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional".<sup>14</sup>

Se o empresário for considerado como destinatário final, fica fácil caracterizá-lo como



consumidor, pois o próprio art. 2.º do CDC abrange essa hipótese: “Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Por fim, vale destaque para o Enunciado n. 20 da I Jornada de Direito Comercial que trata da matéria acima abordada e é justamente neste sentido: “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”.

Para corroborar as ideias apresentadas acima, merecem ser destacados os seguintes julgados:

“Recurso especial. Fornecimento de água. Consumidor. Destinatário final. Relação de consumo. Devolução em dobro dos valores pagos indevidamente. Aplicação dos arts. 2.º e 42, parágrafo único, da Lei 8.078/1990. 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 807159/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 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 art. 42, parágrafo único, da Lei 8.078/1990. IV – Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 1025472/SP 2008/0013316-6, 1.ª T., j. 03.04.2008, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 30.04.2008, p. 1).

“Direito do consumidor. Pessoa jurídica. Não ocorrência de violação ao art. 535 do CPC. Utilização dos produtos e serviços adquiridos como insumos. Ausência de vulnerabilidade. Não incidência das normas consumeristas.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. O art. 2.º do CDC abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa – física ou jurídica – é ‘destinatária final’ do produto ou serviço. Nesse passo, *somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar a cadeia produtiva do adquirente, ou seja, torna-se objeto de revenda ou de transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou, ainda, quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte.*

3. No caso em julgamento, trata-se de sociedade empresária do ramo de indústria, comércio, importação e exportação de cordas para instrumentos musicais e afins, acessórios para veículos, ferragens e ferramentas, serralheria em geral e trefilação de arames, sendo certo que não utiliza os produtos e serviços prestados pela recorrente

como destinatária final, mas como insumos dos produtos que manufatura, não se verificando, outrossim, situação de vulnerabilidade a ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 932.557/SP, 4.ª T., j. 07.02.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.02.2012).

### **3. O advento dos novos princípios contratuais (princípios sociais) e a importância dos contratos interempresariais como categoria contratual autônoma**

Não há dúvida de que o princípio mais tradicional aplicável às relações é o *pacta sunt servanda*: os pactos devem ser cumpridos. Se as partes se obrigaram, devem cumprir suas prestações. Ao lado desse princípio, também devem-se admitir os princípios da autonomia da vontade e o da relatividade dos contratos como princípios clássicos. Tais princípios não norteiam somente os contratos civis, mas todos os contratos, em geral, inclusive os interempresariais.

Entretanto, a partir do século XX, surgiram novos princípios contratuais que, diferentemente dos clássicos, não privilegiam o individualismo, caro à perspectiva liberal. Estes novos princípios são reputados como sociais e apelam por uma intervenção estatal na relação contratual. Tais princípios seriam o da função social dos contratos, da equivalência material e o da boa-fé objetiva.

Até mesmo o tradicional princípio da autonomia da vontade, no século XX, passa a ser considerado, em si mesmo, a partir de uma nova perspectiva. Segundo Otavio Luiz Rodrigues Jr.,<sup>15</sup> existe uma crise no conceito da autonomia da vontade, pois ela começa a ser vista como um princípio intoleravelmente maculado por ser indiferente aos abusos da liberdade individual.

Além disso, Otavio Luiz Rodrigues Jr.<sup>16</sup> destaca que uma das consequências desses fatores foi, justamente, o reconhecimento de que todo contrato geraria *efeitos reflexos*, ainda que tenha sido criado com o intuito de exclusivamente produzir consequências entre as partes. Isto se justifica porque toda conduta humana possui diversos feixes relacionais, sendo impossível existir uma restrição a ponto de limitar a relação jurídica a um caráter apenas bilateral.

Os fundamentos para o intervencionismo do Estado em situações de desequilíbrio contratual se pautam justamente numa ideia de que esta revisão sempre será uma vontade tácita das partes, como bem esclarecem Roberto Paulino e Larissa Leal: “As doutrinas que colocam os instrumentos de revisão dos contratos, como a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, sob a análise da força da autonomia contratual, consideram que esta revisão deriva, tacitamente, da vontade das partes. Para estas, a revisão também é querida e esperada, dado que o estado de coisas no qual elas teriam baseado sua declaração de vontade teria sido alterado de forma profunda e imprevisível. Tendo se comprometido a uma prestação, mediante uma vontade manifestada com base em um determinado estado de coisas, se houve modificação, na base da vontade, a

revisão assim, seria querida e pretendida como forma de proteger a própria vontade das partes”.<sup>17</sup>

O ingresso desses novos princípios, é claro, não pôde agradar a todos, existiu e ainda existe muita polêmica na doutrina acerca de sua aplicação. Alguns doutrinadores começaram a pregar que, por causa dessas profundas modificações, ocorre uma crise do contrato, os mais radicais ainda chamam de morte do contrato. Sobre a crescente intervenção, Caio Mário da Silva Pereira assim assevera: “Este movimento intervencionista ganha corpo, na medida em que aumentam a extensão e a intensidade das normas de ordem pública e chega a inspirar juristas apegados às noções tradicionais a crença no desprestígio ou mesmo na morte do contrato (André Toullemon, Gaston Morin, Barreyre), por não admitirem uma vontade contratual que não seja filha plena da liberdade”.<sup>18</sup>

Toda a “revolta” e indignação por parte de alguns doutrinadores se dá porque, ainda hoje, existe uma inadequação entre a dogmática tradicional e a funcionalização social do contrato, a garantia da equivalência nos pactos e revisão de seus conteúdos.<sup>19</sup>

Entretanto, o professor Antonio Junqueira Azevedo<sup>20</sup> ressalta que a finalidade maior é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo e o contrato não é algo totalmente exclusivo das partes, pois, caso contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem. Assim sendo, a grande função do Poder Judiciário neste âmbito é o exercício de um papel harmonizador entre a liberdade individual e a solidariedade social.

E, dentro desse embate entre princípios contratuais individuais e princípios contratuais sociais, em que entram os contratos interempresariais? Pois bem, tudo irá depender da perspectiva que é adotada. Se, por um lado, adota-se a corrente doutrinária defensora de que, a partir do Código Civil de 2002, a unificação do direito privado extinguiu as formas contratuais interempresariais, portanto, conseqüentemente, todos os princípios relativos aos contratos civis (tantos os individuais quanto os sociais) seriam aplicados do mesmo modo aos “antigos contratos mercantis”. Isto é lógico, se existe a defesa de que não existem mais os contratos mercantis, tudo que era civil e mercantil, com o advento do Código de 2002, passa a ser considerado contrato civil e todos os princípios contratuais devem ser aplicados a tais negócios jurídicos da mesma maneira.

Por outro lado, nos filiamos à corrente doutrinária que defende que, apesar da unificação feita pelo Código Civil, existe uma autonomia, uma independência dos contratos mercantis porque, como já foi abordado, diferentemente dos contratos civis, as partes são profissionais, as partes são especialistas no objeto a ser contratado, as partes são empresários. Os contratantes, nos contratos mercantis, como já dito, são contratantes profissionais e, por causa disso, não se pode confundir um contrato desse porte com um simples contrato civil que supõe uma equivalência das partes por ambas serem leigas quanto ao objeto a ser contratado.

O que se deve perquirir é que a relação contratual interempresarial é uma relação de desigualdade econômica já por sua natureza. É um negócio jurídico naturalmente desigual e que ambas as partes possuem plena consciência dessa desigualdade. Por qual razão um empresário iria se submeter a um contrato em que ele soubesse que a parte contrária é mais poderosa? Pela simples razão de que os contratos interempresariais são

contratos voltados para o mercado, ambas as partes almejam lucro e o fato de uma delas ser mais poderosa economicamente não deverá interferir na sua liberdade contratual e no seu desejo de, mesmo assim, realizar um negócio lucrativo. É mister destacar que a desigualdade econômica, de forma alguma, deve ser motivo para alegação de relação consumerista, esta só deve ser alegada em hipóteses de vulnerabilidade: "(...) não pode uma empresa alegar a tutela do Código de Defesa do Consumidor por ser relativamente frágil em face de outra muito maior economicamente. Torna-se necessário que a vulnerabilidade se mostre em concreto e de modo absoluto".<sup>21</sup>

Caso a desigualdade econômica de uma das partes interferisse na liberdade contratual da outra, neste caso, sim, haveria um abuso. Observem que existe, de fato, uma dependência econômica entre as partes e o que é vedado é o abuso dessa dependência econômica.

A atividade empresarial é uma atividade de risco, portanto não é toda sociedade empresária que é lucrativa. Na verdade, a livre concorrência, consagrada na própria Constituição Federal (art. 170, IV, da CF/1988), permite que os empresários disputem a clientela a partir da oferta do produto de melhor qualidade pelo preço mais viável economicamente. Logo, justamente por conta deste dispositivo constitucional, há de se defender que o Estado não deve realizar intervenções nos contratos interempresariais da mesma maneira que as realiza nos contratos civis ou consumeristas. Isto porque, levando-se em conta que o empresário é um *expert* no objeto contratado e tem ampla noção dos riscos, naturalmente uns irão ter *superávit* econômico e outros não. Deve-se, então, pressupor, que o *déficit* de uma sociedade empresária é efeito decorrente do risco da atividade.

#### **4. As peculiaridades dos contratos interempresariais em face da teoria geral dos contratos**

Os contratos interempresariais deverão se pautar nos princípios do direito empresarial (tais como os da liberdade de iniciativa e da livre concorrência) e não nos princípios sociais do direito civil (que, no fundo, são princípios gerais da teoria do direito privado). Se o intervencionismo estatal nos contratos já é bastante criticado por alguns doutrinadores que preceituaram a morte do contrato, críticas ao Estado, na regulação de contratos interempresariais, não devem ser poupadas. Este artigo não é uma defesa, repete-se, do capitalismo selvagem e que o Estado deverá se eximir de qualquer atuação perante os contratos interempresariais. O que há de se defender é que a atividade empresarial almeja lucro, a finalidade lucrativa é natural do empresário.

Dadas todas essas ponderações, é oportuno transcrever o Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial que profere, justamente, uma mitigação na intervenção nos contratos interempresariais: "Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais".

E como deverá se dar a mitigação do dirigismo contratual? A seguir a tentativa de análise de algumas excepcionalidades dos contratos mercantis em relação à intervenção

estatal:

#### 4.1 Função social do contrato

O princípio da função social do contrato surge nos contratos civis para dar freios à autonomia dos contratos. Defende que todo contrato, além de obrigar as partes, possui uma função social. Todo contrato é do interesse social e possui influência na vida das partes contratantes, bem como na vida de indivíduos que figuram fora da relação contratual. O contrato termina por influenciar e modificar, indiretamente, relações que estão fora dele, daí decorrer o princípio da função social: "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".<sup>22</sup>

Segundo as lições do professor Antonio Junqueira de Azevedo,<sup>23</sup> é a partir do valor social da livre iniciativa (art. 1.º, IV, da CF/1988) que é possível extrair claramente a ideia de função social do contrato. Esta seria "(...) a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade (...)".

Acontece que a função social dos contratos interempresariais não possui tanta abrangência quanto a que deverá ser aplicada nos contratos civis. Isto porque o interesse social nos contratos interempresariais é restrito, basta que não haja nenhum prejuízo para quem figura fora do contrato, enquanto, por outro lado, nos contratos civis basta o interesse social para que haja a alteração. Há de se perceber que a função social dos contratos civis é cumprida pela prevalência dos interesses sociais sobre os dos contratantes, agora, a função social dos contratos mercantis deverá se limitar a não prejudicar quem está fora da relação contratual.

O Enunciado 26 da I Jornada de Direito Comercial possui o seguinte teor: "O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial".

Ou seja, mesmo que haja um interesse social maior do que o individual, o Estado só deverá intervir na relação caso haja alguma ameaça ou algum dano aos direitos ou interesses de sujeitos não participantes da relação.

Apesar de tais argumentos na defesa de uma aplicação diferenciada da função social nos contratos mercantis, infelizmente os julgados não trazem esperança para uma mudança de conscientização a respeito da necessidade da autonomia dos contratos interempresariais. É interessante observar a crítica feita pela professora Paula Forgioni: "Analisando a jurisprudência comercial brasileira de forma sistemática, parece-nos perfeitamente possível afirmar que as grandes linhas traçadas pelo julgados há muito se desprenderam de um espírito individualista, preocupando-se sempre com o impacto do contrato sobre o todo social, ao mesmo tempo em que procura azeitar o fluxo de relações econômicas. Por essa razão, ao menos no que diz respeito ao direito comercial,

tememos que a inovação trazido pelo art. 421 far-se-á sentir mais na retórica dos advogados do que na modificação da realidade jurídica”.<sup>24</sup>

## 4.2 Teoria da onerosidade excessiva

A onerosidade excessiva está disposta nos arts. 478 a 480 do CC/2002. Essa teoria traz a ideia de que os contratos de execução continuada ou diferida podem ser revisados ou até mesmo resolvidos caso, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, uma das prestações se torne excessivamente onerosa. A questão a ser analisada é a de que o contrato civil pressupõe dois leigos nos polos contratuais e os contratos interempresariais pressupõem dois *experts*.

O que deve ser ponderado é que a ocorrência de um mesmo fato pode ser vista como extraordinária e imprevisível no direito civil e não no direito empresarial. Isto porque as partes dos contratos interempresariais deveriam ter um amplo conhecimento a respeito da natureza do contrato, são contratantes que realizam negócios visando o lucro, então há de se pressupor que exista um vasto conhecimento acerca do contrato a ser praticado.

Ora, um maior conhecimento da matéria implica que é muito mais fácil para um empresário conseguir prever os riscos dos contratos que pratica do que um leigo. Assim sendo, a teoria da onerosidade excessiva deverá ser analisada caso a caso, no que tange aos contratos interempresariais, para existir uma verificação mais apurada sobre a constatação da extraordinariedade e da imprevisibilidade dos acontecimentos.

Sobre o assunto, assim dispõe André Santa Cruz: “No âmbito dos contratos empresariais, é temerário admitir a rescisão ou a revisão de contratos com base na onerosidade excessiva, ainda que esta seja decorrente de situações extraordinárias e imprevisíveis. Trata de uma regra que não pode ser aplicada indistintamente a contratos cíveis, contratos de consumo e contratos empresariais. Nas duas primeiras espécies de contrato, pode-se até aceitar a aplicação da teoria da imprevisão, mas nos contratos empresariais ela deve ser rechaçada”.<sup>25</sup>

Há de se discordar, entretanto, um pouco, dessa posição porque a teoria da onerosidade excessiva não deverá ser afastada a ponto de jamais ser aplicada aos contratos mercantis. A teoria da onerosidade excessiva deverá ser aplicada sim, todavia, o juiz, ao aplicar, antes deverá observar a natureza do contrato e as peculiaridades concernentes aos contratantes.

O julgador tem que perquirir sobre a possibilidade de os contratantes, por serem empresários, poderem ter previsto o acontecimento ou se, no ramo empresarial, o acontecimento seria, realmente, visto como extraordinário. É importante notar que a imprevisibilidade na visão de um leigo é totalmente diferente da de um empresário. Daí ser importantíssima esta análise minuciosa *casu in casu*. Deve ser corroborado, portanto, o entendimento do Enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a



sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

Apesar de existir a necessidade de uma interpretação diferenciada, baseada na razoabilidade do julgador, a partir de uma análise dos dispositivos acerca da onerosidade excessiva, deve-se perceber que o juízo de equidade do magistrado não está presente. O grande problema é que isso terminou por trazer consequências práticas negativas. Sobre o assunto, Larissa Leal e Roberto Paulino destacam: “A opção do legislador, afastando no texto do Código o juízo de equidade do magistrado, negando-lhe a opção entre rever ou resolver o contrato, gerou consequências imediatas. As turmas do Superior Tribunal de Justiça competentes para processar e julgar feitos dessa natureza, a terceira e a quarta, têm julgado casos de onerosidade excessiva, incidente em contratos civis e empresariais de modo uniforme”.<sup>26</sup>

Por fim, é importante que o julgado abaixo seja observado, pois o STJ acertadamente seguiu a mesma linha de raciocínio do Enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial, uma vez que: (i) reconheceu a distinção entre contratos civis e interempresariais; (ii) afastou a aplicação da teoria da imprevisão considerando que as partes contratantes exploram profissionalmente o objeto do contrato e, por isso, seria previsível que o preço da coisa futura (soja) estaria sujeito a variações. Vejamos:

“Direito empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. *Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.* 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo; (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque *ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.* 5. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, j. 03.11.2011, 4.ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira) (grifos nossos).

### 4.3 Lesão

A lesão está prevista no art. 157 do CC/2002, no rol dos defeitos do negócio jurídico, e a sua ocorrência torna o negócio passível de anulação. Assim dispõe o referido artigo: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Há de se perceber que a lesão poderá ocorrer de duas maneiras: por causa da premente



necessidade ou por causa da inexperiência. A primeira hipótese de aplicação da lesão (premente necessidade) é, sem dúvidas, um vício de vontade e gera a anulabilidade dos negócios cíveis e empresariais. Porém, o maior cuidado deverá ser com a aplicação da lesão na sua segunda hipótese (inexperiência). Ora, o direito civil possui uma tendência de proteger a parte mais fraca da relação. Só que, como já foi afirmado, a relação aqui tratada é uma relação interempresarial, logo, as duas partes deverão possuir amplos conhecimentos acerca da matéria.

Não parece ser viável a aplicação da lesão por inexperiência nos contratos interempresariais. Ora, a experiência faz parte do próprio mercado na atividade empresarial. O empresário conhecido por ter mais experiência, geralmente, é mais caro e, conseqüentemente, aquele com menos experiência é mais barato. Essa é a regra geral. Além do mais, como já foi dito, o mercado é feroz, o empresário precisa se preparar, estudar e ter amplos conhecimentos para não ter prejuízos, pressupõe-se, pelo menos, que todo empresário deveria agir dessa maneira. Enriquece aquele que melhor se aproveita do contrato, aquele que buscou ter lucros e teve êxito. Porém, para uns ganharem, outros têm que perder.

Um prejuízo contratual, por conta da inexperiência de uma das partes, deve ser visto como algo natural do mercado, e os investimentos como algo usual. Tais investimentos poderão dar certo ou não e, dentre os que não dão certo, uma parcela pode muito bem ser por causa da inexperiência da parte.

Tais fundamentos tanto são razoáveis que o Enunciado 28 da I jornada de Direito Comercial se harmoniza perfeitamente com os argumentos acima apresentados: "Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência".

Apesar de tudo, ainda não existe uma pacificidade e uma estabilidade quanto à matéria dos contratos interempresariais, muitos ainda defendem que eles não mais existem e isso causa polêmica. Há a necessidade dessa estabilidade, existe uma demanda social. Há a necessidade da consolidação de uma teoria geral. O pior de toda a problemática é a instabilidade das decisões judiciais ou o mero proferimento de julgados sem nenhuma consideração com uma interpretação contratual sob uma perspectiva empresarial. Assim diz a professora Paula Forgioni: "(...) como no Brasil ainda não temos uma construção doutrinária sólida sobre essa questão, parece-nos que a aplicação do preceito no campo do direito empresarial deverá ser extremamente cuidadosa, sob pena de transformar-se em um instrumento de neutralidade de vantagens competitivas (...)".<sup>27</sup>

## **5. Considerações finais**

A unificação do direito privado não extinguiu os contratos mercantis. Melhor dizendo, a tentativa de unificação do direito privado, feita pelo Código Civil, não unificou contratos mercantis e civis sob uma única rubrica. As regras pertinentes aos contratos civis possuem um caráter residual e, na verdade, o que aqui buscou-se destacar foram as peculiaridades, as distinções, as nuances dos contratos mercantis. Infelizmente, a

unificação do direito privado jogou as fronteiras dos contratos civis e mercantis para uma zona cinzenta e mudou os paradigmas para pior. O ponto chave é que, com o advento do Código Civil, os artigos que tratam da interpretação dos negócios jurídicos de contratos mercantis passaram a ser os mesmos da interpretação dos contratos civis (arts. 112, 113, 114 e 423), fato que gerou problemas: "Muitas das antigas certezas encontram-se, agora, em bases não tão sólidas como anteriormente, restando, assim, para o magistrado o papel de solidificar uma nova jurisprudência em relação a esses artigos".<sup>28</sup>

Há a necessidade de uma maior autonomia dos contratos mercantis, apontando as diferenciações entre os contratos interempresariais e os contratos de consumo, bem como entre os contratos interempresariais e os contratos civis.

Os contratos interempresariais não só devem, mas precisam ser vistos por uma diferente perspectiva. Por suas características diferenciadas, eles precisam de uma autonomia maior. Eles precisam adquirir uma maior independência em relação aos contratos civis e consumeristas. Há pouquíssima produção doutrinária a respeito de regras de teoria geral dos contratos empresariais, há pouquíssima construção jurisprudencial para solucionar e classificar situações que ainda estão confusas para os doutrinadores e julgadores. É necessário delimitar campos de atuação e campos de interpretação, também é preciso que exista uma noção mais clara dos contratos interempresariais e de sua aplicação na sociedade, além das influências que eles poderão provocar na economia.

O direito empresarial é riquíssimo na produção de contratos. Empresários realizam contratos rotineiramente e são contratos que impulsionam a economia do país. Existe sim a necessidade da estabilização de todo um paradigma dos contratos interempresariais, pois tais tipos contratuais precisam de uma maior segurança jurídica. Qual a segurança que um empresário poderá ter se o seu contrato for, indevidamente, equiparado a um contrato civil? As necessidades do direito empresarial são completamente diferentes das necessidades do direito civil.

A tentativa de unificação do direito privado falhou em muitos aspectos e um deles, sem dúvida, foi não realizar, com clareza, essa distinção entre contratos civis e empresariais. O que ocorreu foi, infelizmente, uma falta de observância de qualquer teoria geral dos contratos empresariais. Pela falta de regras claras e precisas, as fronteiras entre direito civil e empresarial são incertas e é por isso que existem doutrinadores que evitam falar do tema, por isso também existem julgados que tratam de contratos civis e empresariais de modo uniforme.

O Projeto do Novo Código Comercial (PL 1.573/2011), felizmente, procura resolver parte desses problemas, dispondo no subtítulo I, do título II, do Livro III, regras específicas sobre uma teoria geral dos contratos empresariais, tendo o art. 297 delimitado quando irá se caracterizar um contrato empresarial: "Art. 297. É empresarial o contrato quando forem empresários os contratantes e a função econômica do negócio jurídico estiver relacionada à exploração de atividade empresarial. Parágrafo único. Não descaracteriza o contratos como empresarial a participação de coobrigados não empresários".

Entretanto, ao analisar o parágrafo único do dispositivo seguinte (art. 298 do Projeto do

Novo CCo), poder-se-ia imaginar que existiria até um retrocesso no PL 1.573/2011: “Art. 298. No que não for regulado por este Código, aplica-se aos contratos empresariais o Código Civil. Parágrafo único. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos empresariais”.

Isto porque o texto legal estaria dando margem para uma interpretação de que o “futuro” Código Comercial tenta excluir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais consumeristas que envolvem empresários.

Neste sentido, o professor Gerson Luiz Carlos Branco<sup>29</sup> defende que existe uma grave falha sistemática no dispositivo. Ele argumenta que: “Embora o contrato seja empresarial, não é possível deixar de aplicar o Código de Defesa do Consumidor quando a relação for de consumo”, pois entende que o que qualifica um contrato como “empresarial” é a circunstância de ser um negócio jurídico celebrado entre empresários.

Apesar das célebres palavras do professor, o ponto de vista defendido neste artigo, *data venia*, caminha para uma interpretação distinta. O próprio suporte fático do art. 297 do Projeto do Código Comercial elenca dois elementos para que um contrato seja empresarial: (i) contratantes empresários; (ii) função econômica do negócio jurídico relacionada à exploração de atividade empresarial. A respeito deste segundo elemento, ressaltamos que a melhor interpretação é de que ele estará caracterizado apenas quando o objeto contratual estiver relacionado com a exploração de atividade empresarial de *ambos* os contratantes e não apenas de um deles.

Isto porque, como já foi defendido, o critério utilizado para distinguir se uma relação contratual, celebrada entre dois empresários, será consumerista ou empresarial é, justamente, observar se o objeto do contrato é um insumo ou se ele é utilizado por um dos empresários como destinatário final.

Caso o seu objeto seja explorado economicamente por uma das partes e utilizado como insumo pela outra, então há de se entender que a “função econômica do negócio jurídico está relacionada à exploração de atividade empresarial”. Até mesmo porque, para esta característica ser imanente ao negócio jurídico, é necessário que ambas as partes contratuais estejam interessadas na exploração de atividade empresarial relacionada com o objeto do contrato. Caso uma das partes figure como destinatária final, a “carga” de exploração de atividade empresarial vinda de apenas uma das partes choca-se com a “carga” de vulnerabilidade consumerista da outra parte contratual, resultando em um contrato consumerista e não empresarial.

Assim sendo, um contrato empresarial jamais poderá ser também um contrato consumerista e vice-versa. Ou é um ou é outro. Por tal razão, conclui-se que o parágrafo único do art. 298 do Projeto de Novo CCo está em perfeita sintonia com o art. 297 porque em um contrato empresarial não existe a vulnerabilidade consumerista de uma das partes e, portanto, não se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o direito brasileiro não poderá ficar mercê da aprovação de um novo Código Comercial para começar a perquirir acerca dos ditames dos contratos interempresariais, sendo necessário, desde já, uma maior estabilidade, tanto por parte da doutrina, como também por parte dos tribunais, a respeito dessas categorias contratuais.

## 6. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista do Tribunais*. vol. 750. São Paulo: Ed. RT, 1988.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 1. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.

FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FREITAS, Augusto Teixeira. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. *Revista Crítica Jurídica*. n. 18. p. 1. Rio de Janeiro: FGV, jun. 2001. Disponível em: [[http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau\\_paradigma.contratos.pdf](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau_paradigma.contratos.pdf)].

LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. In: CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; CASTRO JR., Torquato da Silva (org.). *Dos contratos*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. 3.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*. vol. 821. São Paulo: Ed. RT, 2004.

STAGNI, Alexandre; NOGUEIRA, André Coutinho; CABELEIRA, Caio; OUCHANA, Elber Christian; GOMES, Guilherme Amado. Os princípios peculiares do direito comercial e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais. *Revista de*

*Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. vol. 145. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2007.

1. Citemos, por exemplo, o gênio de Augusto Teixeira de Freitas enquanto um dos percussores da defesa da tese de unificação das obrigações no corpo do seu Esboço de Código Civil, ao serem incluídas neste as matérias do Código Comercial. A propósito do esforço de Freitas em torno da unificação do direito privado e sua recepção à época e no início do século XX, vide o Estudo Crítico-Biográfico da pena de Levi Carneiro em edição do Esboço publicado pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores em 1952 (cf. CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico. In: FREITAS, Augusto Teixeira. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. V-XXXVI). Além do labor de Freitas, outros esforços no mesmo sentido merecem destaque, como o de Inglês de Souza em 1912 e o anteprojeto de Código das Obrigações elaborado pelos ministros do STF Philadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato em 1941.

2. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3. p. 34.

3. BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 43.

4. FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 30.

5. Idem, p. 40-41.

6. COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 37.

7. FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 432.

8. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 81.

9. FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 65.

10. Idem, ibidem.

11. GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. *Revista Crítica Jurídica*. n. 18. p. 1. Rio de Janeiro: FGV, jun. 2001. Disponível em: [[http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau\\_paradigma.contratos.pdf](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau_paradigma.contratos.pdf)].

12. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 525.

13. STAGNI, Alexandre; NOGUEIRA, André Coutinho; CABELEIRA, Caio; OUCHANA, Elber

Christian; GOMES, Guilherme Amado. Os princípios peculiares do direito comercial e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. vol. 145. p. 242. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2007.

14. MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 81.

15. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*. vol. 821. p. 90. São Paulo: Ed. RT, 2004.

16. Idem, ibidem.

17. LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. In: CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; CASTRO JR., Torquato da Silva (org.). *Dos contratos*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2012. p. 562.

18. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. 3. p. 25.

19. LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JR. Roberto Paulino de. Op. cit., p. 563.

20. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista do Tribunais*. vol. 750. p. 119-120. São Paulo: Ed. RT, 1988.

21. STAGNI, Alexandre; NOGUEIRA, André Coutinho; CABELEIRA, Caio; OUCHANA, Elber Christian; GOMES, Guilherme Amado. Op. cit., p. 238.

22. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 12.

23. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 116.

24. FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 65.

25. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 531.

26. LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. Op. cit., p. 573.

27. FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 250.

28. STAGNI, Alexandre; NOGUEIRA, André Coutinho; CABELEIRA, Caio; OUCHANA, Elber Christian; GOMES, Guilherme Amado. Op. cit., p. 218.

29. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 1. p. 85. São Paulo: Ed. RT, 2014.