

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ROGÉRIO ALVES VILELA

CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA E REDES CONTRATUAIS

CURITIBA

2010

ROGÉRIO ALVES VILELA

CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA E REDES CONTRATUAIS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo.

CURITIBA

2010



## RESUMO

Traçados os aspectos das relações contratuais e das teorias que analisaram a empresa, percebe-se um novo olhar sobre o direito empresarial. A atividade empresarial, antes apenas acessória do agir do empresário destaca-se dela e toma importância, de modo que torna necessário o estudo de sua estrutura e função, o que se pretende fazer pela teoria das redes contratuais, única maneira que abrange o conteúdo sistemático que ela traz.

## ABSTRACT

After delined the aspects of contratual relationships and of the theories that analyses the firm, percepts a new look above the empresarial law. The empresarial activity, only acessorie of empresarial acts before, separates and take importance, in a way that demands necessary the study of its structure and function, what is intended to do by the theory of contractual nets, only way that gets the systematic content that it brings.

## SUMÁRIO

Introdução .....	2
Capítulo 1 - Contratos .....	5
1.1 Aspectos do contrato clássico .....	7
1.2 Aspectos do contrato contemporâneo .....	11
1.3 Aspectos das redes contratuais .....	16
Capítulo 2 – Empresa .....	23
2.1 A empresa no Código Civil de 2002 e no Codice Civile Italiano de 1942 .....	23
2.2 Teorias de Empresa .....	29
2.2.1 Teoria dos Perfis da Empresa segundo Asquini .....	29
2.2.2 Teoria das Firmas segundo Ronald Coase .....	35
Capítulo 3 – Mercados, atividade empresária e engenharia negocial ....	39
Conclusão .....	68
Bibliografia .....	69

## Introdução

John Sculley é o superexecutivo que conduziu a Pepsi Cola à liderança no mercado americano dos refrigerantes e lançou o nome da Apple Inc. no competido ramo da tecnologia e informática produzido no Vale do Silício.

No capítulo final de sua biografia, chamada *“Odisséia – Da Pepsi à Apple, uma viagem através da aventura, das idéias e do futuro”* datada de 1987, Sculley demonstra seu conhecimento sobre o mercado ao prever um modelo de desmembramento de empresa semelhante àquela que vislumbramos atualmente e mostra porque, recentemente, a Apple Inc. tornou-se a segunda maior empresa do mundo<sup>1</sup> e a primeira em seu ramo.

(...) Na Apple, a idade média dos empregados é de 21 anos. Não colocamos a polícia perseguindo a turma dos 30, mas chegamos a um novo modelo gerencial que mantém jovem a força de trabalho, um alto espírito empresarial, grupos pequenos e intensamente motivados: começamos a criar o que chamamos de “coligadas”. Talvez seja uma alternativa importante para uma empresa como a Apple. Acreditamos que a interdependência – redes de pequenas companhias – constituem uma força. Assim, valemo-nos de nossa condição de empresa-mãe para extrair novas idéias e novas diretrizes comerciais sob a forma de novas companhias. Embora muitos ex-empregados da Apple tenham saído para formar suas próprias empresas, a Apple, pela primeira vez, criou uma de sua propriedade e outras seguirão a ela. Nosso objetivo é sustentar a resistência de nosso pessoal. Anunciado este ano, nosso primeiro rebento é a Apple Software. Ela preenche uma lacuna no mercado, porque atualmente as três companhias fornecedoras de software para microcomputadores geram a maioria de suas receitas com a venda de produtos para o mundo da IBM. Queríamos tornar possível a fabricação de maior quantidade de software para a Apple: esta é a concessão da nova coligada. Se vendêssemos um volume muito grande de software sob o rótulo da Apple, nossos fabricantes independentes ficariam em desvantagem; e isso os teria desencorajado a criar novos produtos. Não queríamos prejudicar seu apoio; assim, decidimos tirar este trabalho da Apple, tornando-o independente. Funcionando isoladamente,

---

<sup>1</sup> Informações retiradas de [“http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2010/05/26/apple-ultrapassa-microsoft-e-se-torna-a-maior-empresa-de-tecnologia-do-mundo.jhtm”](http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2010/05/26/apple-ultrapassa-microsoft-e-se-torna-a-maior-empresa-de-tecnologia-do-mundo.jhtm)

produziria software sob uma marca diferente da Apple. Incubamos lentamente esse novo filho, até torná-lo independente, como uma companhia separada, sem o nome da Apple. Mas as coligadas são importantes em muitos outros aspectos e não apenas na área de comercialização.<sup>2</sup>

Importante notar o idealismo tendente a formar um conglomerado de empresas que pudesse oferecer mais produtos e serviços no mercado de forma eficiente. Essa interdependência fundada num princípio federativo dependerá de instrumentação jurídica, dentre a qual, certamente, figurará o contrato.

Discorre Sculley sobre as companhias:

(...) Financeiramente, qualquer companhia deseja atrair investidores para algo novo. Assim, as coligadas podem muito bem oferecer um modo de enriquecer a capitalização da empresa-mãe no mercado e permitir que a companhia cresça, sem tornar-se grande e inchada, como é comum nos conglomerados tradicionais. O objetivo final é expandir a rede ainda mais. No futuro, prevemos uma federação de companhias saídas da empresa-mãe em campos como produtos de sistemas e em mercados como engenharia ou treinamento industrial. Estamos formando uma rede em busca de oportunidade. Seremos mais fortes, mais ágeis, mais flexíveis e manteremos pessoal mais criativo, criando uma federação. Seus laços com a empresa-mãe deverão ser semelhantes a nossos laços com as empresas independentes, tornando claro os rumos que estamos seguindo, para que as coligadas possam garantir seu lugar no futuro. Assim, poderemos influenciar mais diretamente o curso das coligadas do que as companhias independentes. A empresa-mãe dirige a federação através dos laços de interdependência.

Fato é que a noção de empresa focada eminentemente no empresário não mais coaduna com o tratamento jurídico dispensado às formações e conglomerados empresariais que se lançam ao mercado.

Daí porque fazer essa dialética entre Direito e Economia, partindo da análise do contrato como meio que estrutura as empresas.

---

<sup>2</sup> SCULLEY, John.

Para isso, será necessário passar pelas concepções de contrato, que trarão consigo muito da realidade social que, de certa forma, influencia também os modos de entendimento da empresa em si e sua atividade.

Destacar-se-á dentre esses entendimentos as teorias de Asquini e Ronald Coase sobre as empresas (ou firmas), que, indubitavelmente, vitimaram-se as concepções mais inteligíveis e reluzentes. No particular, a Teoria da Firma, de Coase, será mais retratada porque se relaciona em especial com a Teoria das Redes Contratuais, que é o foco no que tange à instrumentalização e trabalha mais com a idéia de mercado.

Ao cabo, tratar-se-á das conseqüências jurídicas em se adotar a referida correlação como conceituação da empresa, focando principalmente nos efeitos em relação a terceiros e na contaminação de negócios jurídicos.

## Capítulo 1 - Contratos

Antes de analisar a influência dos contratos na formatação da empresa, caberá delimitar seus aspectos gerais e examinar a transformação que o direito contratual sofreu em relação a seus princípios.

Pois bem. O contrato é fonte de direitos não-estatal e, ainda que receba um poder, em sua gênese, do Estado, só alcança os celebrantes e quem está vinculado ou relacionado negocialmente com eles.

Dissertar-se-á sobre o contrato<sup>3</sup> privado e paritário: aquele avençado entre as partes, onde todas as cláusulas são meticulosamente discutidas e mutuamente resolve-se sobre preço, prazo, condições, forma de pagamento etc. No acordo das partes, concluir-se-ia o contrato: nesse particular, a autonomia das partes se sobrepujaria, ou seja, haveria igualdade de condições entre os contratantes que poderiam condescender num ou noutro ponto da relação contratual com o intuito de lograr um aspecto desejado entre ambas.

Esse tipo de contrato tem se tornado cada vez mais raro, embora não tenha desaparecido. Comum é que, numa sociedade capitalista de consumo em massa, os contratos sejam, também, negociados em massa. Cláudia Lima Marques advoga nesse norte:

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais.

---

<sup>3</sup> Luiz Roldão de Freitas Gomes aduz que: *“Sabe-se que, no Direito Romano, o termo contractus não significava, segundo a opinião de ilustres romanistas, o acordo de vontade dirigido a constituir uma relação obrigatória, mas indicava, de um modo geral, um negócio, menos aquele acordo. Distinto do acordo era a figura do pacto (pactio ou conventio), que vinha definida como duorum vel plurium in idem placitum el consensus”*. Contrato, p. 3.

Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existem, mas em número limitado (...). Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores.<sup>4</sup>

Exclui-se, nesse tipo de contratação massificada, o adjetivo “paritário”, já que, os contratos, aqui, passam a ser infundidos com cláusulas pré-estabelecidas, de pouca ou nenhuma margem para negociação, onde o contratante faz uma mera adesão, não lhe sendo possível discuti-las.

Ciente dessas mudanças, o legislador, no Código Civil de 2002, operou um avanço na concepção da finalidade jurídica contratual, que passou a ser vista como um elemento de eficácia social, a qual não deve ser cumprida tendo em vista somente o interesse do credor, mas também o benefício para a sociedade – noção de função social do contrato. Passou-se, de igual modo, a vislumbrar o contrato de forma temporal, em mais acordo com a realidade.

É que, como adverte Paolo GROSSI:

Indubitavelmente, o direito nunca flutua sobre a história, ao contrário, tende sempre a encarnar-se nela, a compensar-se com ela; e na história aparece uma grande variedade de forças que se movem livremente na sociedade e tendem a influenciar o direito, forças espirituais, culturais e econômicas, todas as forças que se movem livremente na sociedade. Sociedade e direito tendem a fundir-se: a dimensão jurídica não pode ser pensada como um mundo de formas puras ou de simples mandamentos separados de uma realidade social.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. P. 27.

<sup>5</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologia jurídica de la modernidad*, p.26. Tradução livre de: “Indudablemente, el derecho nunca flota sobre la historia, al contrario, tiende siempre a encarnarse en ella, a compenetrarse como ella; y en la historia aparece una gran variedad de fuerzas que se mueven libremente en la sociedad y tienden a influir en el derecho, fuerzas espirituales, culturales y económicas, todas las fuerzas que se mueven libremente en la sociedad. Sociedad y derecho tienden así a fundirse: la dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de una realidad social”.

Passando as coisas dessa maneira, cabe a análise do desenvolvimento da teoria contratual, seus princípios e demais questões antes da sua aplicação na teoria da empresa e sua sistemática.

## 1.1 Aspectos do contrato clássico

O contrato<sup>6</sup>, em seus moldes clássicos, era considerado negócio econômico ou patrimonial e a mais pura forma de autonomia dos celebrantes, os quais, supostamente, o faziam na condição de pessoas livres, iguais e com similar poder de negociação, acordo esse concretizado com base na discussão.

É importante notar, como se dirá adiante, que o contrato tinha a missão de consolidar o capitalismo que insurgia, e encontra, nos dizeres de Rodrigo Xavier LEONARDO, seus limites nos ideais da Revolução Francesa:

Não bastava para os vencedores da Revolução, contudo, apenas o poder político. Era necessário para a classe insurgente universalizar (sempre formalmente) a atividade econômica de produção, além de adquirir aqueles bens que estavam sob domínio do clero e da nobreza, mediante um instrumento que permitisse o trânsito seguro destes, sem que, ao mesmo tempo, não se viesse a negar a própria idéia de liberdade e de propriedade, justificadoras do novo modelo de organização política.<sup>7</sup>

Continua:

---

<sup>6</sup> Segundo Cláudia Lima Marques: *“A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social. (...) A concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada de consumo, massificada, em face também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico.”* Op. cit., p. 16.

<sup>7</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. p. 68.

É assim que o poder de se vincular, socorrendo-se da garantia jurídica estatal para manutenção dos pactos (*pacta sunt servanda*), inaugura uma relação entre indivíduo e Estado, marcada pela concessão (ou reconhecimento) de um espaço de atuação privada delimitada pelo direito.<sup>8</sup>

Esses limites eram traduzidos por quatro princípios básicos: autonomia da vontade (que traduzia a liberdade contratual), relatividade dos efeitos dos contratos, igualdade formal dos contratantes e estrita observância do que fora pactuado, o que significava a impossibilidade de alteração do conteúdo contratual, senão pela vontade de quem o fez – intangibilidade contratual.<sup>9</sup>

Sendo assim, a doutrina clássica do direito dos contratos, focada em criar segurança para a circulação de riquezas, necessitava de regramentos específicos, principalmente no que tangia a vinculatividade.

Daí se origina o princípio, por exemplo, da obrigatoriedade dos contratos, de que este seria lei entre as partes e a idéia de, por ser fruto da negociação de pessoas iguais, não se admitir a interferência de terceiros e nem do Estado. Ainda nessa esteira, extrai-se o princípio da intangibilidade dos contratos, que determina, salvo disposição legal em contrário, a vinculação e a criação de efeitos somente entre as partes contratantes.

Confirma esse pensamento Cláudia Lima MARQUES:

Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual. (...) Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas

---

<sup>8</sup> Op. Cit. p. 69.

<sup>9</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. p. 42.

supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia da vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual.<sup>10</sup>

A autonomia da vontade poderia ser definida como sendo o âmbito onde atuam as vontades privadas ou dos particulares, denominada autonomia privada.

Luiz Roldão de Freitas GOMES traz, logo de início, quando trata da noção de autonomia da vontade a seguinte menção:

Inspira-se no art. 1.134 do Código Civil francês, ao estabelecer que “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram” (“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”). (...) A regra do art. 1.134 do Código Civil é consequência da autonomia da vontade: esta é toda poderosa, vincula o indivíduo de modo análogo à lei; nem o legislador e o Juiz podem desobrigá-los. Não respousa, porém, a regra sobre considerações individualistas.<sup>11</sup>

Porém, para Xavier LEONARDO, a “*autonomia privada, fonte para a constituição de relações jurídicas entre particulares, representa um dos pontos de interligação entre o indivíduo e o Estado, desde o advento da modernidade*”. É, para ele, o espaço de atuação dos particulares, que encontra seus limites no ordenamento jurídico.

Daí porque ser necessário diferenciar a autonomia privada da noção de autonomia contratual. Esta última é representada pelo poder conferido aos sujeitos de reger seus interesses, enquanto, aquele, é um dos feixes do princípio maior da dignidade da pessoa humana, não vinculado, exclusivamente, aos contratos.

Assim, sob uma perspectiva constitucional atual, não se pode reduzir o significado da autonomia privada ao poder conferido aos sujeitos de reger seus interesses, idéia melhor indicada pela expressão autonomia contratual. A autonomia privada passa a ser apenas um dos feixes do princípio maior da

---

<sup>10</sup> Op.Cit. p. 23.

<sup>11</sup> Op. cit. p. 26.

dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), e os atos provenientes da autonomia não reconduzem apenas à liberdade de iniciativa (CF, art. 1.º, IV) - alvo de interpretação restritiva por autorizada doutrina -, mas a toda e qualquer expressão, patrimonial ou não patrimonial, do sujeito.<sup>12</sup>

Porém, tal crítica será feita mais a frente.

O fato é que, no período clássico, a autonomia da vontade era única fonte da obrigação contratual. A vontade era o cerne, porque os contratos eram feitos para serem cumpridos: “(...) *a palavra dada deve ser mantida, a promessa deve ser cumprida, ainda que custe. Pacta sunt servanda: os acordos são celebrados para serem cumpridos*”<sup>13</sup>.

Lima MARQUES conclui:

Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras conseqüências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo daí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato.<sup>14</sup>

Conclui-se, desse exame, que o contrato, à época estudada, trazia consigo apenas a função individual, não havendo menção à função social, e o adimplemento seria o objetivo final deste, sem intervenção do Estado ou revisão de juiz, já que contratar seria sinônimo de acordar com justiça. Ademais, ressalta-se o não cabimento de exceções ou arrependimentos, bem como de invocação de abusos ou aproveitamentos.

---

<sup>12</sup> Op. cit. p. 73.

<sup>13</sup> Op.cit. p. 26.

<sup>14</sup> Op. cit. P. 23.

Desse modo, o contrato se esgotaria no prazo determinado como pretendido pelas partes e não caberia ampliá-lo com elementos estranhos colhidos fora do texto. A idéia é a de que se as partes o quisessem, teriam dito. Daí porque a interpretação corrente ou normal deveria extrair-se das palavras do texto – interpretação literal e qualquer que fosse a duração do contrato, cumprir-se-ia ao “pé-da-letra” –, sem que os novos tempos ou circunstâncias pudessem incidir sobre essa sujeição – “pacta sunt servanda”.

## 1.2 Aspectos do contrato contemporâneo

O contrato, analisado contemporaneamente, adota uma corporificação constitucional, o que importa na verificação cotidiana da contratação entre pessoas desiguais e na necessidade de separar e tratar de maneira diferente os contratos celebrados entre empresas daqueles celebrados entre provedores e consumidores. Esse exame é originário do pensamento propagado no início do último século e atingiu o seu ponto forte no Brasil com a Constituição Federal de 1988.

Cláudia Lima MARQUES atenta para o fato de que com

a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade sócio-econômica do século XX.<sup>15</sup>

Rodrigo Xavier LEONARDO acrescenta que os

sustentáculos da concepção liberal de mundo, contudo, foram se esgotando no século XX, com inevitáveis consequências para a teoria dos contratos. A igualdade formal dos contratantes sustentada pela ideologia que defendia uma

---

<sup>15</sup> Op. cit. p. 46.

natural regulação dos interesses da sociedade mediante a livre atuação dos particulares desmoronou diante de episódios históricos marcantes como a crise de 1929 e as duas grandes guerras.<sup>16</sup>

Conforme arrazoadado no tópico anterior, o contrato transformou-se em instrumento eficaz para o capitalismo insurgente durante o período do liberalismo econômico, mas o fato é que essa realidade começou a mudar com o intervencionismo estatal decorrente, principalmente, das duas grandes guerras:

Se a consagração dos direitos políticos do homem pela Revolução Francesa levou ao despotismo econômico ou individualismo contratual, a partir da segunda metade do Século XIX, no entanto, já se notavam reações na função estatal, em relação à liberdade econômica dos cidadãos. Iniciou a propagar-se a intervenção estatal como a melhor técnica de combate às idéias socialistas e ao comunismo, que se implantavam em alguns países (...). O próprio socialismo levou à difusão do solidarismo no setor da economia privada. Expandiram-se as normas de ordem pública, destinadas a proteger os elementos economicamente fracos da sociedade.<sup>17</sup>

Ultrapassada essa questão, analisar-se-á como estas mudanças refletiram nos contratos e em seus princípios.

Nas palavras de Cláudia Lima MARQUES:

O direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (...). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade. (...) Fala-se mais modernamente na função do direito dos contratos como orientador da relação obrigacional e como realizador da equitativa distribuição de Deveres e Direitos. (...) Em nossa opinião esta almejada justiça contratual encontra-se justamente na equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Op. Cit. p. 77.

<sup>17</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. p. 9.

<sup>18</sup> Op. Cit.

Adotando essa faceta de análise, cabe diferenciar os novos tipos de contratação: contratos que se celebram “por discussão” (paritário) daqueles “por adesão” – em especial os que envolvem os consumidores -, admitindo as realidades das “condições gerais”, como resposta à contratação massificada (formulários).

Para Orlando Gomes:

As limitações à liberdade de contratar não provêm apenas do Direito Público. Resultam ainda de novas formas de atividade econômica que impuseram novos usos e métodos quanto à realização de certos contratos. O exercício das atividades econômicas por grandes empresas retém, cada dia, a possibilidade de negociações preliminares e discussão das condições contratuais. Tornou-se necessária a uniformização de tais condições, passando a dominar, como observa Hedemann, o sistema de formulários, pelo qual se determinam, parágrafo por parágrafo, as normas reguladoras das relações que essas empresas travam. Manifeste-se ainda essa tendência para a standardização mediante a adoção de condições gerais de vinculação contratual pelas empresas que exercem a mesma atividade, como os bancos, as companhias de seguro, de expedição, de transporte, de fornecimento. Nasceram, em conseqüência, os contratos de adesão e os contratos regulamentados.<sup>19</sup>

É que os contratos por adesão manifestam uma latente desigualdade entre as partes, o que normalmente se traduz em abusos, usuras ou aproveitamentos. Tais situações violatórias se concretizam por meio das denominadas cláusulas abusivas do contrato – sobre as quais não há como elaborar um rol taxativo.

Em rigor, nas contratações massificadas, uma parte faz uma oferta inafastável, que a outra parte só pode aceitar ou recusar (são atos unilaterais de autonomia). Essa posição jurídica de menor relevo – apenas aceitar ou não – é que leva à interferência do Estado nos moldes da contratação, fazendo-o por meio das cláusulas gerais. Orlando GOMES ressalta que

---

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. p. 6 e 7.

a preocupação é a defesa dos aderentes (contratos de adesão), mediante normas legais que proibam cláusulas iníquas, até porque as regras sobre a declaração da vontade e os vícios do consentimento quase não se lhe aplicam<sup>20</sup>.

Eis o fundamento que leva o contrato a aparecer, na pós-modernidade, relacionado aos direitos humanos e com o correlativo questionamento da “autonomia da vontade” – como já aduzido no tópico anterior – e de sua força imperativa – “pacta sunt servanda”.

Como já dito, ocorre uma corporificação constitucional do contrato, ou, talvez até em um âmbito mais amplo, ocorre uma constitucionalização do direito civil – não só no direito contratual – o que para Carlos Nelson KONDER traz uma série de efeitos:

A primeira das características do direito civil-constitucional é a superação da dicotomia clássica entre direito público e direito privado. (...) A segunda característica é privilegiar o perfil funcional dos institutos em detrimento do perfil estrutural. (...) A terceira característica consiste no reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos. (...) Em sequência, a quarta característica consiste em conferir preeminência à tutela das situações jurídicas extrapatrimoniais, em virtude da atuação dos princípios constitucionais.<sup>21</sup>

Essas características têm efeito potencialmente forte no direito contratual, de forma que as tradicionais regras já expostas se mostram igualmente relativas a determinados contextos históricos e também passam a ser relidas de acordo com os preceitos constitucionais.

Nessa toada aparecem figuras como a “boa-fé negocial”, a “lesão”, a excessiva onerosidade superveniente e o abuso da posição contratual, o que possibilita cogitar numa humanização do contrato.

---

<sup>20</sup> Op. cit. p. 8.

<sup>21</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. p. 18-21.

Partindo dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da solidariedade social (CF, art. 3º, I), pode-se falar de uma substituição da visão da competição livre entre os contratantes individuais, protegidos apenas formalmente em sua autonomia privada, pela idéia de um dever de solidariedade contratual, a impor um agir ético no seio daquela relação jurídica. (...) Esta transformação resulta no princípio da boa-fé e, sua concepção objetiva, isto é, não mais apenas como estado subjetivo de ignorância de vícios, mas como uma norma que impõe juridicamente uma conduta ética tanto na celebração e execução do contrato, como nos períodos pré e pós-contratual.<sup>22</sup>

O contrato de consumo passa a ser tratado como um microsistema, no qual deve ser prezada a defesa dos consumidores e usuários por meio de princípios como: publicidade, informação, garantias relativas ao produto (qualidade, idoneidade e outros).

A responsabilidade contratual por inadimplemento inclina-se à responsabilidade objetiva, com base no “risco da empresa”, por sua vez, solidária, que alcança, com base contratual a todos os que com sua ação possibilitaram o ingresso do produto no mercado.

Considera-se, na visão humanizadora, que a inferioridade de alguns contratantes seja obstáculo para que a vontade dos celebrantes não esgote o conteúdo negocial, conforme aduz Orlando GOMES: *“Medidas diversas se tomam com vistas à proteção do devedor, o qual passa a ser tratado, em determinadas situações, com maior benevolência, no espírito de humanizar sua condição”*.<sup>23</sup>

A oferta, sobre esse viés, tem base na aparência, e a aceitação, na confiança, já que o contrato passa a ser um negócio econômico, ou parte do mesmo, junto a outros coligados ou conexos.

Por fim, é válido observar que se abandona a juridicização econômica para admitir que, dentro da noção de contrato, haja uma multiplicidade de fatores de atribuição de efeitos obrigacionais e uma

---

<sup>22</sup> Op. cit. p. 23.

<sup>23</sup> P. 7.

diversificação de modos de contratar e tipos que devem gerar respostas adequadas a cada “fattispecie”.<sup>24</sup>

### 1.3 Aspectos das redes contratuais

O tráfico jurídico se tornou tão complexo que é quase impossível encontrar um contrato que possa ser compreendido de maneira isolada. A realidade dos mercados trabalha com muitos outros elementos envolvidos, ou seja, é mais que natural haver interligação entre dois ou mais contratos, de forma que os objetivos que estes alcançam conjuntamente seriam praticamente improváveis, se atuassem separadamente.

Vale ressaltar que este fenômeno de conexão ou coligação contratual já foi analisado sob várias facetas, daí porque necessário distingui-las antes de perseguir nosso objetivo.

Para Nelson KONDER:

A conexão contratual é normalmente explicada pela singela e demasiado genérica idéia de utilização de vários contratos para a realização de uma mesma operação econômica. As definições, nesse sentido, costumam combinar estes dois elementos: a pluralidade de negócios jurídicos e a unidade de operação econômica. Este tipo de definição, contudo, não passa sem problemas.<sup>25</sup>

O vínculo jurídico que realmente deve importar e ser analisado é aquele capaz de impor algum efeito jurídico peculiar aos contratos por ele interligados. A doutrina já se debruçou sobre o assunto, com

---

<sup>24</sup> Esse é o tipo de contrato ajustado aos tempos de neoliberalismo e da economia de mercado. As finalidades dele são de aumentar a flexibilidade produtiva, reduzir custos e ampliar a competitividade dos bens e serviços em um capitalismo transnacionalizado. Não obstante, como visto, a introdução de princípios que visam diminuir a hipossuficiência dos consumidores foi paralela e, a princípio, proporcional às hipóteses de prejuízos que podem ser geradas pelos contratos massificados.

<sup>25</sup> Op. cit. p. 95.

duas teorias a serem trazidas em especial: na Itália, o *collegamento negoziale* e na França, os *groupes de contrats*.

A doutrina italiana focou na pluralidade do fenômeno e projetou seus esforços, senão principalmente, “na contaminação de um negócio em razão da invalidade ou ineficácia de outro”<sup>26</sup>. Além disso, trouxe várias classificações, das quais, deu-se mais atenção às seguintes características da coligação: “voluntária, funcional e, especialmente, com dependência bilateral”.<sup>27</sup>

Francisco Paulo De Crescenzo MARINO divide a experiência italiana em três fases:

A primeira (aproximadamente até o final da década de 1930) corresponde aos antecedentes da teoria dos *contratti collegati*. Nessa etapa, a doutrina ainda não atribuía àquilo que denominava “concurso de contratos” ou “união de contratos” os efeitos hoje correntemente adstritos à coligação contratual. (...) A segunda fase da doutrina italiana vai do final da década de 1930 ao final da década de 1970, caracterizando-se pela criação e consagração da teoria dos negócios coligados. Inicia-se com o pioneiro artigo de Rosario Nicolo e a sistematização feita por Michele Giorgianni, que influenciaram fortemente a produção subsequente. Sucederam-se, então, diversos estudos (artigos, verbetes em enciclopédias jurídicas, capítulos de obras gerais e comentários a decisões jurisprudenciais) que contribuíram para a difusão e sedimentação da doutrina da coligação negocial. (...) A terceira fase, por fim, compreende diversas obras monográficas, publicadas a partir da década de 1980 e, em especial, no final da década de 1990, que assinalam discreta proeminência para o tratamento do tema no campo contratual.<sup>28</sup>

Após, discussões sobre a objetividade ou subjetividade das coligações – *animus collegandi* – chegou-se à percepção de que a coligação seria identificada por meio de um fim ulterior único, uma função unitária, o que também fora criticado.

O interessante é que, enquanto na Itália, a ênfase foi dada aos efeitos da conexão contratual, ou seja, à invalidade/ineficácia de um negócio sobre o outro, na França, adotou-se outra postura.

<sup>26</sup> Op. cit. p. 103.

<sup>27</sup> Op. cit. p. 107.

<sup>28</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. p. 44.

O que vale reter por agora é que enquanto a ênfase da doutrina italiana dedicada aos efeitos da conexão contratual foi na repercussão da invalidade/ineficácia de um negócio sobre o outro, a questão da dicotomia entre partes e terceiros e da relatividade dos efeitos do contrato nos casos de coligação entre contratos com partes diferentes ficou em segundo plano. O oposto ocorreu na França, no estudo dos chamados grupos de contratos.<sup>29</sup>

A doutrina francesa centrou-se na discussão acerca dos terceiros e das ações diretas em face às partes do contrato, claramente em afronta aquele princípio da relatividade dos efeitos dos contratos já exposto e criticado neste trabalho.

Questiona-se então se, havendo terceiro vítima do inadimplemento de um contrato do qual não faça parte, mas que esteja de alguma forma vinculado, será essa responsabilidade contratual ou extra-contratual.

A doutrina francesa, buscando justificar o caráter contratual da ação do terceiro-contratante perante o devedor inadimplente, centrou-se na identidade de natureza das obrigações como elemento característico da nova concepção dos grupos de contratos.<sup>30</sup>

Passadas, superficialmente, essas duas teorias sobre conexão contratual, é imperioso tratar da questão das redes contratuais, fenômeno este sobre o qual se debruçará esta análise.

Segundo Xavier LEONARDO:

O fenômeno de interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados tem chamado a atenção da doutrina, que, em virtude da amplitude e complexidade do tema, trata do assunto sob diferentes enfoques, com uma terminologia nada uniforme.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Op. cit. p. 113.

<sup>30</sup> Op. cit. p. 180.

<sup>31</sup> Op. cit. p. 129.

Apesar das várias terminologias, o fenômeno é entendido de forma unitária: contratos estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexó funcional-econômico que implica conseqüências jurídicas.

De vários autores é possível destacar alguns pontos comuns, compilação essa organizada por Rodrigo Xavier LEONARDO:

a) coexistência de dois ou mais contratos estruturalmente diferentes, desde que mantidas suas respectivas causas objetivas; b) existência de um nexó funcional entre os contratos diferenciados; c) existência de um nexó econômico e relevância jurídica nessa ligação - seja em razão da motivação (perspectiva subjetiva), seja em razão da correspectividade das prestações (perspectiva objetiva).<sup>32</sup>

A denominação de redes contratuais é adotada pelo Professor Xavier LEONARDO porque ressalta não apenas a reunião de contratos, que se faz objetivando determinada finalidade econômica, mas também um nexó sistemático entre esses diversos contratos que acaba por atrair a atuação de diversos agentes econômicos para determinada operação econômica.

O fenômeno das redes contratuais é mais amplo do que uma simples conexão contratual, pois nessa teoria sobressai especialmente o caráter sistemático da ligação entre os contratos, de maneira que os eventos ocorridos em um elemento do sistema vêm a se refletir, em maior ou menor escala, em todo sistema.

(...) é possível verificar que o que se denomina redes contratuais é um fenômeno mais amplo (...). O elemento característico para a configuração da rede é a sistematicidade. Essa sistematicidade típica das redes tem traços bastante próprios. (...) São situações em que coexistem, simultaneamente, vários contratos de um mesmo tipo ("contrato marco") ou similares, envolvendo partes distintas, os quais devem estar minimamente coordenados para que todos possam obter os benefícios econômicos não apenas do contrato do qual são partes, mas também aqueles decorrentes da existência da própria rede.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Op. cit. p. 133.

<sup>33</sup> OP. cit. p. 128.

A principal consequência disso é que, em vez de contratos instantâneos, fixados em momento determinado, constituídos, conformados e limitados ao mútuo consentimento, percebe-se o surgimento de contratos que engendram uma relação mais contínua entre as partes, voltados para a realização de objetivos, que poderão ser adequados ao longo do tempo, sem que haja uma fixação tão expressiva no conteúdo das manifestações de vontade, mas sim no comportamento objetivo entre as partes.

Longe de pretender projetar, com minúcias, o futuro da relação entre as partes, os contratos desse tipo, denominados relacionais, seriam propositadamente incompletos, concentrando esforços no regramento do processo obrigacional por eles instaurado. A indefinição do objeto (ou incompletude do objeto), por sua vez, seria colmatada ao longo do processo obrigacional, a partir de diversos critérios (condições econômicas, avanços tecnológicos...).<sup>34</sup>

Por redes contratuais poder-se-ia entender então a *“coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado estável nexu econômico, funcional e sistemático”*<sup>35</sup>. Elas correspondem a uma necessidade da sociedade de potencializar os benefícios e diminuir os riscos em um mercado caracterizado pela competitividade e especialização dos seus integrantes.

Para que exista a rede contratual é necessário, então, um nexu sistemático entre dois ou mais contratos.

Segundo Xavier LEONARDO

(...) apenas o reconhecimento de um nexu sistemático possibilita a verificação de uma verdadeira rede contratual, cuja ligação entre os contratos unitários não dependa da vontade manifestada pelas partes.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Op. cit. p. 136.

<sup>35</sup> Op. cit. p. 137.

<sup>36</sup> Op. cit. p. 140.

Aqui, se mostra necessário adotar uma definição de sistema. XAVIER adota aquela dada por Javier Torres Navarrete, ao prefaciar a obra de LUHMANN - Teoria da sociedade:

(...) unidades estruturadas de forma variável em relação ao tempo, que se mantêm frente a um entorno complexo e alterável graças à posição de uma diferença em relação ao entorno. A conservação do sistema se entende como uma operação ordenadora do próprio sistema conforme sua própria organização e no que o entorno é fonte de constantes estímulos.<sup>37</sup>

Com a teoria do sistema jurídico autopoietico<sup>38</sup>, desenvolvida por Luhmann, retorna-se à concepção do direito como sistema fechado: porém seria um sistema autopoietico em segundo grau, já que se encontra dentro de outro, que é a sociedade. Assim, o sistema jurídico teria como elementos comunicações baseadas numa codificação binária legal/ilegal, especificamente<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Op. cit. p.142.

<sup>38</sup> Marcelo Neves diz que: “A recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais foi proposta por Luhmann, tendo tido ampla ressonância. A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas orgânicos e neurofisiológicos. Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo, Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistemas e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica’. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu meio ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistemas e meio ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém, a incorporação da diferença ‘sistema/meio ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como ‘momento operativo da autopoiese’) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o meio ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao meio ambiente. Portanto, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, o meio ambiente não atua perante o sistema nem meramente como ‘condição infra-estrutural da possibilidade da constituição de elementos’, nem apenas como perturbação, barulho, ‘bruit’; constitui algo mais, ‘o fundamento do sistema’. Em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando esse, de acordo com seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma”.

<sup>39</sup> “A diferenciação do Direito na sociedade moderna pode ser interpretada, por conseguinte, como controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ por um sistema funcional para isso especializado. De acordo com o modelo luhmanniano, essa nova posição do Direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da estratificação. Na medida em que o princípio da diferenciação baseava-se numa distinção entre ‘acima’ e ‘abaixo’, praticamente apenas o sistema supremo, a ordem política da camada social mais alta, constituía-se auto-referencialmente. O Direito permanecia sobredeterminado pela política e as representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispendo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não. A positivação do Direito na sociedade moderna implica o

“A ordem e a unidade constituiriam então os pressupostos existenciais para qualquer sistema”<sup>40</sup>. Em virtude do objetivo da unidade, dever-se-ia procurar descobrir qual a relação entre os elementos do sistema e qual o nível de interação entre esses mesmos elementos, assim como a causalidade sistêmica, ou seja, a motivação para a formação deste.

A ordenação poderia ser noticiada pela “busca de mecanismos de estabilidade, persistência temporal e correspectividade das relações entre os elementos do sistema”<sup>41</sup>.

Os elementos desse sistema – rede contratual – são, por óbvio, os contratos (relações jurídicas contratuais estruturalmente diferenciadas, constituídas a partir de contratos individuais ou singulares) e, para que um contrato seja reconhecido como elemento de um sistema, todavia, é necessário que estabeleça uma interligação com outros dois ou mais contratos, de modo a formar uma unidade que transcenda suas estruturas e funções individualizadas.

A conexão entre contratos, quando proveniente da vontade das partes, não gera maiores problemas, pois nada impede que diversos contratantes o façam com base na autonomia privada, é o nexos subjetivo.

Para a análise que foi desenvolvida nessa teoria, a vinculação necessária é o nexos objetivo, reflexo da formulação de uma operação econômica unitária, propiciada ou potencializada pela união daqueles contratos. XAVIER traz o exame feito por LORENZETTI, que aduz que existe uma finalidade econômico-social que transcende a individualidade de cada contrato e que constitui a razão de ser de sua união; se desequilibra-se a mesma, afeta-se todo sistema, ou seja, uma vinculação *supracontratual*.

---

controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento operativo.” NEVES, Marcelo. *Da autopoiese à alopoiese do Direito*, p. 280.

<sup>40</sup> Op. Cit. p. 144.

<sup>41</sup> Op. Cit. p. 145.

A causa sistemática, dessa forma, não pode ser confundida com motivo da contratação, pois nenhum dos contratos pode realizar individualmente a função que apenas no conjunto pode-se realizar.

Em síntese: as redes contratuais são formadas pela coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático. O surgimento dessas corresponde a uma necessidade de potencialização de benefícios e diminuição de riscos em um mercado marcado pela competitividade e especialização de seus integrantes. Por meio delas, os fornecedores, que teriam dificuldades de ofertar seus produtos e serviços isoladamente, apesar de atuarem de maneira aparentemente individualizada, ofertam seus produtos e serviços aos consumidores mediante uma atuação conjugada que se dá por meio da interligação dos contratos, e, obviamente, gera efeitos para todo esse sistema.

## Capítulo 2 – Empresa

### 2.1 A empresa no Código Civil de 2002 e no Códice Civile Italiano de 1942

Segundo Oscar BARRETO FILHO pode-se dizer que o Direito Comercial é, no conceito tradicional, *“o complexo orgânico de normas que disciplinam uma categoria especial de relações jurídicas privadas, decorrentes do exercício de comércio”*.<sup>42</sup>

Ocorre que o conceito mais moderno da matéria alargou referido campo de atuação, atingindo desde a industrialização ao

---

<sup>42</sup> BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. p. 8.

transporte e outras atividades paralelas e essenciais ao comércio, sem contar, segundo o mesmo autor, “*as relações decorrentes dos atos jurídicos alistados sobre rubrica de atos de comércio*”.<sup>43</sup>

Promulgou-se, na França, em 1791, a Lei de Le Chapelier, que extinguiu, além das Corporações de Ofício, a noção de subjetivismo no Direito Comercial. A edição do Código Comercial Napoleônico, datada de 1808, representa o ápice do objetivismo na matéria, pois definiu o comerciante a partir de um rol de atos – atos de comércio - e não seu regramento ao redor desse. Fábio Ulhoa COELHO registrou que para a referida codificação

*sempre que alguém explora atividade econômica que o direito considera ato de comércio (mercancia), submete-se às obrigações do Código Comercial (...) e passa a usufruir da proteção por ele liberada.*<sup>44</sup>

O Código Comercial Brasileiro, de 1850, é, de início, subjetivista, pois define o comerciante como profissional habitual, ou seja, no próprio sujeito. Não obstante, procedendo a uma segunda análise, a codificação, no particular, mostra-se objetivista ao determinar que deve haver registro no Tribunal de Comércio e, ainda mais, quando em regulamentação à parte, n.º 737/1850, arrola quais atividades econômicas seriam consideradas *mercancia*, os chamados *atos de comércio*.

Ocorre que, durante os 152 anos de vigência, o direito brasileiro incorporou na “*doutrina, na jurisprudência e em leis esparsas (...) a teoria da empresa, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002*”.<sup>45</sup>

A denominada Teoria da Empresa foi adotada em nosso ordenamento, oficialmente, com a revogação do Código Comercial de

---

<sup>43</sup> Op. Cit. p. 9.

<sup>44</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. p. 7.

<sup>45</sup> Op Cit. p. 11.

1850 e, de fato, foi um enorme avanço, pois renovou a matéria no país e trouxe o empresário, novamente, ao centro das atenções.

Segundo Alfredo Assis GONÇALVES NETO, com a adoção dessa teoria

voltou-se o Código Civil para regular o protagonista da atividade econômica, o que acentua o abandono do cunho objetivista que, segundo a maioria dos doutrinadores pátrios, teria ingressado no sistema brasileiro pela enumeração dos atos de mercancia contida nos referidos dispositivos do regulamento n.º 737.<sup>46</sup>

A definição da teoria da empresa, dada por Daniel Carneiro MACHADO, diz que é

voltada para a organização dos fatores de produção, que proporcionam a circulação de bens e serviços, com vistas ao lucro, conduzindo a uma reformulação total no entendimento do objeto das sociedades, sejam elas comerciais ou civis, fulcrado no ato de comércio, passando estas sociedade, a partir daí, a terem seus objetos voltados às atividades empresariais, independentemente da prática ou não de atos ditos mercantis.<sup>47</sup>

Assim, a Teoria de Empresa permite que os sujeitos da atividade empresarial se desvinculem da noção de atos de comércio, acompanhando grande parte das codificações similares.

Vale dar relevo a opinião de Fábio Ulhoa COELHO sobre a Teoria da Empresa, para quem

*alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. (...) O Direito Comercial deixa de cuidar de determinadas atividades (as de*

---

<sup>46</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. p. 62.

<sup>47</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. *O novo Código Civil brasileiro e a teoria da empresa*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2901>. Acesso em 09/03/2010.

*mercancia) e passa a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial.*<sup>48</sup>

Tanto o Código Civil Brasileiro de 2002 quanto o Códice Civile Italiano de 1942 inserem a empresa nos mercados. Aliás, o cerne do Direito Comercial moderno é a análise dos mercados e das organizações. Por isso é um ramo especial em relação ao direito privado, não mais relacionado com os atos de comércio, mas com as instituições referidas acima, o que passando em resumo permite dizer: é um direito de caráter econômico agora.

A sua íntima conexão com a economia, que é a sua sina e seu fanal, pois dela extrai heurísticamente a sua seiva mais suculenta com que se alimenta, faz com que *pari passu* às transformações econômicas, espelhe, em abalos e avanços, os seus efeitos. (...) é inegável, também, que o fulcro básico gerador de todas essas transformações já ocorridas e em devir é a *empresa*, tipo de instituição econômica que, gerada embrionariamente no bojo da Revolução Industrial, ampliou-se desmedidamente até dominar o panorama da economia atual. (...) Não há de se estranhar, portanto, a profunda transformação verificada no Direito brasileiro, sobretudo no Direito Comercial – nem sempre consciente, é verdade, mas viva e presente – decorrente do reconhecimento da existência e da importância da empresa na realidade sócio-econômica atual.<sup>49</sup>

Apesar das considerações sobre a inserção da teoria da empresa no ordenamento atual e dela própria, o fato é que há um espaço enorme entre o Código Civil Brasileiro e o seu homônimo italiano, no qual foi inspirado.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Op. Cit. p. 8.

<sup>49</sup> BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*. P. 4.

<sup>50</sup> Cabe trazer a lume a opinião de Bulgarelli sobre o projeto do Código Civil: “A nossa reforma não está sujeita (ou, ao menos, não estava quando foram elaborados os vários anteprojetos e projetos que deram origem ao atual) às mesmas condicionantes políticas, nem a certas particularidades históricas próprias daquele país, por ocasião da elaboração e promulgação do Código Civil, mas se alinha a uma tendência geral perfeitamente identificada em praticamente todos os países. Por certo corresponde a uma aspiração nem sempre muito precisa, é verdade, mas inegável de um ajustamento do Direito às novas realidades sócio-econômicas, constatando o desencontro entre as categorias jurídicas tradicionais e as exigências de uma economia de massa.” Op. cit. p. 8.

É que o Código Civil de 2002, a princípio, consagra a teoria de empresa no Livro II, denominado "Direito de Empresa", o que, de imediato, transmuta as sociedades comerciais em "sociedades empresárias".

E "a princípio" porque o Código Civil Italiano trabalha da seguinte maneira: primeiro, define que é *"empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para fins de produção ou circulação de bens ou de serviços"*; segundo, trata da questão de atividades que dependem de autorização ou concessão para serem exercidas e sobre o exercício de empresa por entes públicos e; terceiro - no Capítulo III, dedicado às empresas comerciais e outras sujeitas a registro - arrola, exemplificamente, atividades obrigadas a manter registro e qualificadas de empresas mercantis.

O ponto nodal que diferencia a codificação peninsular é que, em seguida às enumerações de atividades, lê-se que *"as disposições que se refiram às atividades e às empresas comerciais são aplicáveis, se não resultar diversamente, a todas as atividades indicadas neste artigo e às empresas que as exercem"* (art. 100 do Código Civil Italiano).

Desse modo, as noções de empresa e empresário no Código Italiano mantêm-se neutras, no sentido de que apenas qualificam agentes econômicos e de que algumas empresas são comerciais e outras não.

No entanto, o art. 966 do Código Civil de 2002, que reproduz, no *caput*, o art. 2082 do Código Civil Italiano, não se restringe a fazê-lo, mas acresce-lhe um parágrafo único de redação, no mínimo, confusa:

*"§ único: não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de maneira científica, literária ou artística, ainda*

*com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".*

Nos dizeres de Rachel SZTAJN,

a repetição ou transposição da doutrina italiana relativamente ao empresário e a empresa que se seguiu ao Código de 1942, visando a delimitar o conceito de empresário é limitada, ultrapassada e não serve para explicar porque certas atividades intelectuais, em determinadas situações, são qualificadas empresárias e outras não.<sup>51</sup>

É que, para a autora, na definição do art. 966 do Código Civil de 2002, anteriormente exposta, faltou acrescentar "*que os bens e serviços são oferecidos em mercado*"<sup>52</sup>, o que elimina, por exemplo, atividades econômicas exercidas para a satisfação de necessidades dos agentes e familiares.

O conceito aberto de elemento de empresa, colocado ao final do parágrafo único, acaba por trazer ao ordenamento insegurança jurídica e afunda, de vez, o conceito do *caput*, reduzindo-o. Mais uma vez, Rachel SZTAJN vem esclarecer:

(...) o legislador italiano, por ver a empresa como gênero, arrolou que empresas seriam comerciais para fins de inscrição no registro próprio. O brasileiro preferiu operar de outra forma, define o gênero, dele exclui certas atividades, e com isso, de forma residual, define empresa que, nada mais é do que o conjunto de atividades comerciais entendida a palavra em sentido amplo.<sup>53</sup>

De todo modo, passando as coisas dessa maneira, parece que não se reconhece o avanço dos conceitos do Código Civil de 2002, o que, por si só, é inverdade. Nota-se uma grande preocupação do

<sup>51</sup> SZTAJN, Rachel. *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro*. Disponível em <http://www.unifor.br/notitia/file/1654.pdf>. Acesso em 09/03/2010. p. 193.

<sup>52</sup> Op. Cit. p. 200.

<sup>53</sup> Op. Cit. p. 201.

legislador brasileiro em regular as empresas, mercados e contratos como, por exemplo, a nova Lei de Falências.

Entretanto, vale frisar a indignação da autora supracitada:

(...) o que incomoda é que, 60 anos passados, e da experiência italiana, dos debates sobre empresa a partir dos anos 80 do século passado, não se dispensou a eles maior atenção e, para piorar o quadro, sequer se atentou para o fato de que atividades econômicas organizadas de forma empresarial, nem sempre são comerciais.<sup>54</sup>

Conclui-se que o teor do Livro II do Código Civil poderia abranger mais situações e orientar para outras direções. Apesar de os avanços estarem vindo com jurisprudência, doutrina e leis, reputa-se necessária uma análise econômica de "empresa", voltada para os contratos e o mercado em que atua, o que já adentra e pressupõe uma análise jurídica diferenciada e mais complexa, além do importante estudo das teorias que examinam a empresa, o que se fará a seguir.

## 2.2 Teorias de Empresa

As teorias de empresa que se destacará para análise conjunta às redes contratuais são as de Asquini e de Ronald Coase.

A elas então.

### 2.2.1 Teoria dos Perfis da Empresa segundo Asquini

Asquini diz que o objeto da empresa *“é a transferência de bens preexistentes em novos serviços, no aumento da utilidade de bens*

---

<sup>54</sup> Op. Cit. p. 193.

*preexistentes mediante sua distribuição nos mercados de consumo (transformação de inputs em outputs)".<sup>55</sup>*

Segundo ele é impraticável dar tratamento unitário à empresa, no que aduz BULGARELLI:

Traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete. Mas, porque, perante o Direito, o fenômeno econômico da empresa se apresenta como um fenômeno tendo diversos aspectos em relação aos diversos elementos que nele se integram, o intérprete não deve operar com o preconceito de que o fenômeno econômico da empresa deva, por força, entrar em um conceito jurídico unitário. Ao contrário, deve adequar a noção jurídica da empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico.<sup>56</sup>

Daí porque Asquini operou a divisão do conceito em perfis sob os quais a empresa seria analisada:

Assim é que o conceito econômico de empresa pode ser considerado, no plano jurídico, sob quatro perfis distintos 1º. em sentido subjetivo, como expressão sinônima de empresário, substituindo-se, mediante transparente metonímia, o agente pela atividade por ele exercida; 2º. em sentido funcional, como atividade empresarial dirigida a determinado escopo especulativo; 3º. em sentido patrimonial e objetivo, significando o estabelecimento (azienda), ou seja, complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da sua atividade empreendedora (art. 2.555 do código civil italiano); 4º. em sentido corporativo, como instituição decorrente de uma organização de pessoas, formada pelo empresário e prestadores de trabalho, seus colaboradores, visando a um objetivo econômico comum.<sup>57 58</sup>

Segundo Oscar Barreto Filho, o projeto do código de obrigações, na parte terceira, elaborada por Sylvio Marcondes, levou

<sup>55</sup> SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. p. 200.

<sup>56</sup> Op. cit. p. 17.

<sup>57</sup> Op. Cit. p. 26.

<sup>58</sup> Bulgarelli ainda diz que: "(...) no âmbito do Direito Econômico, Geraldo de Camargo Vidigal acha que Asquini poderia ter acrescentado um quinto perfil (textualmente, fala em "quinta figura"), "distinguindo entre o perfil administrativo, como organização, e o perfil corporativo institucional". Op. cit. p. 47.

em conta que, *“em toda relação jurídica, não se pode prescindir do agente da atividade, ou seja, do sujeito do direito”*<sup>59</sup>.

Exatamente nessa direção que caminha o perfil subjetivo. É que este é vinculado à profissionalidade do empresário, a qual pode ser considerada como elemento natural da empresa, já que o princípio da divisão do trabalho faz com que ele se especialize em sua função mediante o exercício da atividade seriada, o que gera uma organização duradoura, normalmente visando o lucro. A análise da profissionalidade é feita com base em: habitualidade, continuidade, unicidade e economicidade.

Habitualidade, também entendida como não-eventualidade significa que *“atos ocasionais, isolados, de compra seguida de revenda não caracterizam profissionalidade”*<sup>60</sup>. Ou seja, deve haver uma correlação entre esses atos, questão que se ligará ao conceito de atividade, mais à frente. No que tange à continuidade, esta não significa perpetuidade, pois pode haver períodos em que não haja atividade empresária, caracterizando uma atividade sazonal, o que também é possível.<sup>61</sup>

A unicidade é questionada por Galgano, que crê ser necessária a dedicação exclusiva à atividade empresarial por parte do empresário. Para Rachel Sztajn, há um excesso nesse pensamento:

Quanto à unicidade, diferentemente do que entende Galgano, é de admitir que seja exercida assessoria ou complementarmente, o que, para o jurista, não parece possível, levando seu raciocínio a limites indesejáveis.<sup>62</sup>

Ao cabo, quando se fala em economicidade não se quer dizer necessariamente em lucro, como pensa Fábio Ulhoa Coelho: *“quem*

---

<sup>59</sup> Op. Cit. p. 28.

<sup>60</sup> Op. cit. p. 202.

<sup>61</sup> O que de fato ocorre em atividades agrícolas que dependem da sazonalidade das safras de determinado fruto ou grão.

<sup>62</sup> Op. cit. p. 200.

*estrutura essas organizações, movidos pela possibilidade de ganhar dinheiro, são os empresários*<sup>63</sup>. A economicidade pode ser obtida por meio da redução de custos. E, aqui, SZTAJN concorda com GALGANO:

Para Galgano, o fulcro da noção de empresário está no ter a atividade organizada em caráter econômico não necessariamente lucrativo. Cooperativas, por exemplo, são sociedades empresárias, embora não tenham fim lucrativo. Ao diminuírem os custos que seriam incorridos por seus associados, indiretamente, garantem-lhes ganhos. Há, para Galgano, objetivação da economicidade.<sup>64</sup>

Essa última perspectiva sobre a economicidade parece a mais correta, já que é o ponto de encontro entre a teoria de Galgano e os economistas.

O segundo perfil é o funcional, o qual analisa a empresa como atividade econômica produtiva para mercados, apenas isso. Ou seja, deve haver a coordenação de esforços para o fim de produção de forma continuada, ininterrupta.

SZTAJN coloca que a própria atividade empresarial vincula-se à organização da força de trabalho e recursos necessários para a produção e/ou distribuição de bens e serviços que são oferecidos no mercado.

Interessante notar que esse perfil ainda pode ser dividido em duas posições: passiva e ativa. A primeira delas é ligada à organização do trabalho e dos recursos para a produção; enquanto a segunda, à oferta dos bens e serviços no mercado.

Segundo BULGARELLI:

(...) perfil funcional, considerada a empresa como atividade empresarial, e, nessa área, abriu perspectivas para a atenção que a doutrina daria a este perfil, especificamente. À atividade entendida como uma particular força em movimento

---

<sup>63</sup> Op. cit. p. 3.

<sup>64</sup> Op. cit. p. 203.

(...) cumpre: a) realizar a circulação dos bens e serviços; b) organizar o trabalho e o capital, constituindo-se em uma série de operações, portanto fatos materiais, na categoria de atos jurídicos.<sup>65</sup>

Um terceiro ponto de vista é o institucional que define a empresa como organização de pessoas desenhada pelo empresário e os prestadores de serviços, seus colaboradores. Francesco Ferrara, doutrinador italiano, chega a excluir esse perfil, pois advoga que não há nenhuma norma na doutrina italiana que possibilite falar de empresa como organização pessoal.

Em contrapartida Oscar BARRETO FILHO assenta que este perfil é acolhido no Brasil pelo projeto do código de trabalho, no art. 425:

*“Considera-se empresa a unidade organizada que se destina a um objetivo econômico ou ideal, servindo-se de um ou vários estabelecimentos, organizados e vinculados entre si pelo mesmo empresário, pessoa natural ou jurídica.”*

Para Rachel STZAJN, *“sob o perfil institucional ou corporativo, a empresa é instituição”*<sup>66</sup>. Para ela, *“Asquini toma a empresa como a organização de pessoas desenhada pelo empresário e os prestadores de serviços, seus colaboradores”*<sup>67</sup>. Continua nesse sentido dizendo que a empresa é organização da qual o empresário está no cume, tendo *“poder de comando e seus colaboradores estão sujeitos a deveres de fidelidade e obediência”*<sup>68</sup>.

Deduz-se daí que a empresa é uma instituição em que há hierarquia, diferente de mercados.

---

<sup>65</sup> Op. cit. p. 18.

<sup>66</sup> Op. cit. p. 208.

<sup>67</sup> Idem. Ibidem.

<sup>68</sup> Idem. Ibidem.

Instituições são organizações sociais permanentes de pessoas, formais ou informais. As primeiras ampliam o caráter vinculativo das relações no grupo, com o que se reduz a exigência de regulação externa com redução da tensão entre elas que nasce do convívio social (...). Demais disso os grupos podem ser estruturados de forma horizontal ou vertical. Nos últimos existem subordinados e uma autoridade central com competência regulatória, portanto organizados de forma hierárquica.<sup>69</sup>

Os mercados são instituições horizontais como se verá no exame que se fará no próximo capítulo.

Um quarto exame traz o contorno objetivo, dividido por Asquini em duas partes: estabelecimento e patrimônio “aziendale”, que serão tratados nessa ordem.

Estabelecimento é o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício de sua atividade empreendedora. Já patrimônio “aziendale” é o complexo de relações jurídicas, as quais se consubstanciam em contratos: de trabalho, de prestação de serviços, de venda a consumidor ou distribuidor e outros.

Desta feita, Asquini, ao projetar o fenômeno econômico no plano patrimonial, vê no complexo de relações um patrimônio que tem como titular o empresário, o qual emerge da universalidade de direito que o é. STAZJN direciona seu pensamento nesse sentido:

O complexo de relações jurídicas consubstancia-se em contratos: de trabalho ou prestação de serviços, de fornecimento de insumos, de financiamento (nas mais diversas modalidades admissíveis), de venda a consumidor ou distribuidor. É esse mesmo complexo de relações jurídicas típicas – entre empresário e bens, empresário e financiadores, empresário e empregados, com a intenção de mantê-las unificadas -, que constitui o patrimônio separado. Não se há de confundir esse patrimônio com o estabelecimento, conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, unidos por decisão do titular, destinados ao exercício da empresa.<sup>70 71</sup>

---

<sup>69</sup> Op. cit. p. 68.

<sup>70</sup> Op. cit. p. 205.

<sup>71</sup> Bulgarelli advoga que: “Em termos conceituais uma das primeiras questões a que foi necessário aclarar refere-se à confusão entre a empresa e o estabelecimento. A concepção jurídica da empresa como organização

A contribuição de Asquini se dá no sentido de facilitar a compreensão do próprio fenômeno que é a empresa, pois a grande parte dos doutrinadores de seu tempo partiam de premissas errôneas ao tentar captá-la por perspectivas únicas, enquanto, como demonstrado, não é possível fazê-lo de uma única perspectiva, mas sim, partindo dos vários perfis para uma definição jurídica mais consentânea com a realidade.

### 2.2.2 Teoria das Firmas segundo Ronald Coase

Feita a análise da Teoria dos Perfis da Empresa nos moldes de Asquini, cabe examinar um segundo ponto de vista: o de Ronald Coase e sua “Teoria das Firmas”.

Segundo SZTAJN, Ronald Coase aduz que *“a empresa é concebida como um feixe de relações jurídicas, um feixe de contratos que (...) organizam a atividade”*.<sup>72</sup>

É natural pensar-se no contorno objetivo de Asquini, principalmente no patrimônio “aziendale”. Não obstante, o fato é que Asquini não obteve sucesso em explicar o porquê do surgimento das empresas, o que Ronald Coase faz com sucesso.

Em seu ensaio, ele visa explicar as organizações econômicas e as razões que levam a sua constituição, com ênfase nas falhas dos mercados, nas externalidades, na assimetria informacional e nas economias de escala.

---

dos fatores de produção, portanto, considerando globalmente o fenômeno econômico, leva fatalmente como se observou à unificação parcial ou total da empresa e do estabelecimento, como ocorreu com as construções, por exemplo, de Santoro-Passarelli, De Gregorio e Mossa, ou então a considerar a empresa como um todo e a azienda como uma parte, - a objetiva e patrimonial do todo, - como ocorre com a construção de M. Ghidini por exemplo. Entra também nesta confusão conceitual entre empresa e estabelecimento, a concepção de Carnelutti que considera a empresa pelo aspecto dinâmico e a azienda pelo estático, como dois momentos do mesmo fenômeno.”. Op. cit. p. 115.

<sup>72</sup> Op. cit. p. 172.

Em mercados perfeitos, se é que possível pensar de tal maneira, ou naqueles com informações perfeitas e completas, ou ainda, nos mercados em que todos os contratos fossem completos e adimplidos - no sentido que os economistas dão à palavra -, as empresas ou firmas não seriam necessárias, não haveria motivação econômica para criá-las.

SZTAJN bem coloca:

O economista (Coase) explica que firmas, como instituição de provisão de bens e serviços nos mercados, são resultado da procura de mecanismos de redução de custos de transação, custos estes incorridos para ir ao mercado oferecer ou procurar os bens e serviços.<sup>73</sup>

Coase introduz na economia a noção de custos de transação, fugindo daquele pensamento retrógrado de mercado perfeito aonde uma mão invisível conduziria os participantes a um ótimo resultado.

A análise pura da instituição do mercado não deixa quase nenhum espaço para a firma (Debreu, 1959). Sobre a assunção de um arranjo perfeito de mercados contingentes, assim como outras assunções restritivas, o modelo descreve como os mercados podem produzir eficientemente para fora. A questão sobre como as organizações deve ser estruturadas não aparecem, porque o mercado-contratação perfeitamente resolve todos os incentivos e coordenações. Pela assunção, o comportamento da firma (maximização do lucro) é uma invariante para a forma institucional (por exemplo, estrutura da propriedade). Toda a economia pode operar eficientemente como um grande sistema de mercados, em que agentes autônomos promovem vários contratos elaborados uns com os outros. Entretanto, tratando a própria firma como uma caixa preta, onde estrutura interna e contratos não existam e desapareçam do quadro de estudo, existem muitas outras questões que a teoria não analisa. Por exemplo, a teoria não nos diz porque a firma existe.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Op. cit. p. 187

<sup>74</sup> FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. Tradução livre de: *"The pure analysis of the market institution leaves almost no room for the firm (Debreu, 1959). Under the assumption of a perfect set of contingent markets, as well as certain other restrictive assumptions, the model describes how markets may produce efficient outcomes. The question how organizations should be structured does not arise, because market-contracting perfectly solves all incentive and coordination issues. By assumption, firm behaviour (profit maximization) is invariant to institutional form (for example, ownership structure). The whole economy can*

O mercado, como se verá adiante, não é sinônimo de igualdade material, formal ou informacional. Daí porque criar firmas ou empresas.

A empresa é, então, uma alternativa à falta de coordenação entre atividades que podem acontecer nos mercados. Além disso, as empresas podem ser entendidas como sistema de incentivos que complementa um conjunto de contratos, coerente e compreensivo, visando reduzir conflitos.

A maximização de resultados aliada à estabilidade das relações é o que dá viabilidade às empresas. SZTAJN aduz:

Firmas são organizações que transformam insumos (inputs) em bens (outputs). São feixes de contratos mediante os quais se organizam a produção e a distribuição de bens nos mercados. As firmas são necessárias para diminuir custos de contratação que recaem sobre o empreendedor por conta de imperfeições ou falhas de mercado. Quer dizer, se para produzir fosse necessário contratar pontual e reiteradamente nos mercados, seria preciso encontrar, a cada um desses momentos, fornecedor que oferecesse o menor preço e tivesse o insumo para pronta entrega; que o prestador de serviços, além de habilitado a executar a tarefa, estivesse disponível e, também ele, cobrasse o menor valor; que o comprador, pronto para receber o bem, estivesse disposto a pagar o maior preço; e que, em toda essa cadeia, as diversas etapas se seguissem, umas às outras, com segurança.<sup>75</sup>

Frise-se: *“sem múltiplos contratos que permitam a organização da atividade não há empresa”*.<sup>76</sup>

Considerando a empresa como esse feixe de contratos e como organização complementar ao mercado que visa reduzir custos de transação (por transação leia-se: qualquer operação comercial) e manter

---

*operate efficiently as one great system of markets, in which autonomous agents enter into very elaborate contracts with each other. However, by treating the firm itself as a black box, where internal structure, contracts, and so on disappear from the picture, there are many other issues that the theory cannot address. For example, the theory does not tell us why firms exist”. The Theory of the Firm. p. 632.*

<sup>75</sup> Op. cit. p. 189.

<sup>76</sup> Op. cit. p. 215.

a continuidade das operações e da atividade, dar-lhe suporte normativo implica reconhecer que o fenômeno vai além dos limites das sociedades, personificadas ou não e, portanto, há que se analisar a cadeia produtiva e a ligação entre agentes ou empresários.

A natureza da empresa, segundo Coase, vem da complementação entre mercados e empresas:

*A origem da firma, desse modo, se deve ao fato de haver custos em negociar nos mercados que podem ser evitados ou reduzidos ao se organizar a produção de um determinado bem ou serviço através de relações de autoridade ou sob o comando de um coordenador que direciona a alocação dos recursos.<sup>77</sup>*

Seja porque suprir as necessidades de mercados aumenta custos e, portanto, as empresas são opção que tem como fundamento a redução desses custos; seja porque as falhas de mercado estimulam os agentes a depender cada vez menos de outros. Daí porque Coase considera a firma, por muitas vezes, forma de desenvolvimento da atividade econômica superior aos mercados. Calixto SALOMÃO FILHO ressalta:

*Em conseqüência, é a eliminação das incertezas que incentiva o empresário a organizar essas atividades internamente à empresa. Coase, aliás, define o próprio conceito econômico de empresa (firm) a partir do feixe de relações que nela se verifica. Na empresa as transações são comandadas pela organização empresarial e não pelo mercado, e a empresa será tanto maior quanto mais interessante for para o empresário substituir as transações de mercado por transações internas.<sup>78</sup>*

A empresa é então uma organização econômica, ou melhor, organização eficiente e especializada dos fatores de produção, da qual é imprescindível determinar sua qualificação jurídica. Para fazê-lo, será

---

<sup>77</sup> PESSALI, Huáscar Fialho. *Teoria dos custos de transação: uma avaliação à luz de diferentes correntes do pensamento econômico*. p. 13.

<sup>78</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. p. 30.

necessário unir as teorias de Asquini e Coase, conforme pensamento de Rachel SZTAJN:

Do confronto entre as doutrinas de Asquini e Ronald Coase, talvez se consiga avançar na qualificação jurídica da empresa, unificando os perfis em instituto singular.<sup>79</sup>

### Capítulo 3 – Mercados, atividade empresária e engenharia negocial

Passadas as concepções de contrato e de empresa e, a princípio, demonstrada uma união entre elas, agora caberá justamente ressaltá-la e definir sua conceituação jurídica e suas consequências no ordenamento.

O ponto de encontro das duas figuras estudadas acima é o mercado, como se poderia deduzir das diversas menções já feitas a este instituto.

Posto isso, é dever nosso também analisá-lo.

A ele então. Petrelli GASTALDI diz que:

em sentido genérico, é o local onde se encontram os produtores e os consumidores de determinada zona ou região econômica. No seu significado econômico refere-se à situação de continuado ajustamento entre a oferta, realizada ou possível, de bens e serviços e a demanda, efetiva ou esperada, desses mesmos bens e serviços.<sup>80</sup>

A diferenciação feita aqui entre sentido genérico e econômico é válida. Distingue-se mercado como local existente na realidade onde há, de fato, o encontro entre os consumidores e os produtores do

---

<sup>79</sup> Op. cit. p. 172.

<sup>80</sup> GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política*. p. 183.

mercado como sítio onde a oferta e a demanda se ajustam, ou seja, da sua conceituação econômica e, portanto, ficta. SZTAJN destacou:

Embora a concepção de mercado como espaço geográfico não desapareça de todo, uma tal noção do instituto presa à dimensão espacial merece críticas porque não considera as regras que são ínsitas aos mercados e se atém à multiplicidade de agentes, fornecedores e adquirentes, presentes em local determinado no qual os preços dos bens se formam de modo transparente. Também deixa de lado a regularidade e a licitude/ilicitude das operações eles engendradas pelos agentes.<sup>81</sup>

O importante será: analisar essa conceituação econômica e, posteriormente, se possível, estabelecer uma conceituação jurídica.

Segundo Rodrigo Xavier LEONARDO, o *“sentido econômico da expressão mercado, por sua vez, encontra fonte em um caminho histórico de interação social voltada para a troca de bens econômicos, até certo ponto comum aos diversos povos”*.<sup>82</sup>

Essa troca de bens econômicos não é feita aleatoriamente, ao gosto da espontaneidade dos consumidores, como afirmavam os pensadores liberais – Escola Fisiocrática – para os quais o Estado não interviria de maneira alguma. Xavier LEONARDO traz o pensamento de Natalino IRTI:

Os interesses dos indivíduos, nos seus naturais estados de conflito e pacificação, satisfariam – sem necessidade de qualquer mediação, nem legislativa nem administrativa – o mesmo interesse da coletividade. Esta concessão, agora distante das raízes históricas, vem re-proposta de tempo em tempo, e especialmente por grandes empreendedores ou liberais da cátedra ou dos escritórios de estudo dos bancos centrais, no sentido de construir um local universal da economia: universal, porque não é proveniente, nem da particularidade de cada Estado, nem dos conflitos entre as ideologias.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Op. cit. p. 39.

<sup>82</sup> Op. cit. p. 23

<sup>83</sup> Op. cit.. p. 24

E não é diferente da noção que Irti critica acima aquela que os economistas trazem desse instituto. Na sua maioria, estes o caracterizam pela neutralidade e pela universalidade.

No entanto, segundo o mesmo doutrinador:

(...) não existe mercado fora das decisões políticas e das escolhas legislativas: também o abandono do assunto ao puro jogo dos interesses individuais é uma decisão e uma escolha. Aparece, assim, a intrínseca politicidade do mercado, que a lei pode modelar e definir segundo princípios diversos: ora prestigiando a reserva, ora a absoluta e genérica visibilidade; ora exaltando a autonomia e responsabilidade dos negócios, ora, ao invés, tutelando os incautos e os divergentes. Este, e outros princípios, que poderiam ser indicados, determinam a fisionomia do mercado, de modo que, tantos são os modelos concebíveis de mercado quanto as concebíveis regras reguladoras.<sup>84</sup>

Ainda, diz mais, quando pronuncia que não só o mercado é reflexo da sociedade e sua legislação, como o define juridicamente:

(...) unidade jurídica das relações de troca, considerados um dado bem ou dadas categorias de bens. Nem uma particular relação de troca, nem uma pluralidade dessas, formam um mercado, o qual sempre exige um crédito unificante, um princípio, capaz de governar a variedade de comportamentos e reconduzi-los a uma unidade.<sup>85</sup>

Assim como aconteceu com os contratos, fortemente influenciados pelos ideais da Revolução Francesa, ocorreu também com a concepção de mercado. Duas correntes doutrinárias distintas pretenderam explicar sua estrutura: de um lado, estavam os que viam como produto do modelo político vigente no século XVIII, do *laissez-faire*, aos quais se opõem os que afirmavam ser produto de normas.

E, da mesma maneira, revolucionou-se esse pensamento com o surgimento do *Welfare State* e do constitucionalismo do Direito Civil, no

---

<sup>84</sup> Op. cit. p. 28.

<sup>85</sup> Op. cit.. P.31.

sentido de que, “a preservação do mercado e do próprio sistema econômico passou a exigir a conformação de um significativo espaço econômico pelo jurídico”.<sup>86</sup>

Colocando as coisas desse modo, parece que o mercado é instituto criado unicamente pelo mundo jurídico, o que, por si só, é inverdade. Segundo Natalino IRTI, justamente pelo fato de o mercado não ser *locus naturalis*, mas por ser *locus artificialis* e, assim, um sistema de relações regido pelas normas é que este não é um instituto originário, mas justamente constituído pelo Direito. Ausente o sistema normativo, os mercados, em regra, não prosperam, pois é a norma que o constitui e o disciplina.

Ora, os mercados são modelados pelo Direito e, se a isso se chama constituição da instituição, nenhuma crítica há de ser feita. Entretanto, se por constituição compreender-se criação, mercados não são criatura do direito, mas de agentes econômicos. Disciplinar mercados, ordená-los, impedir e restringir acesso de pessoas e produtos depende de normas legais ou institucionais, e estas são criação umas do direito, outras da sociedade. Porém, não se poder afirmar, categoricamente, que o mercado é produto das normas.

É válido notar que regras morais, religiosas e outras também têm influência na sua conformação.

Rodrigo XAVIER aduz nesse norte, trazendo pensamento de BRAUDEL:

(...) historicamente, a confiança pessoal, as regras de costume, enfim, as regras não jurídicas mostram-se decisivamente cogentes em determinados mercados, com um poder de vinculação que não pode ser desprezado e que, mesmo recentemente, tem sido reafirmada por importantes estudos.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Op. cit. p. 31.

<sup>87</sup> Op. cit. p. 33.

De todas as passagens e entendimentos aduzidos, constata-se, por óbvio, que é polêmico o conceito de mercado. Xavier LEONARDO chega a afirmar que, “*pode-se, quando muito, chegar a uma noção de mercado*”<sup>88</sup>. Das definições mais dotadas de estima, o autor afirma que a

conformação jurídica do processo de troca varia de acordo com o objeto transacionado, com os sujeitos envolvidos e, sobretudo, com as especificidades de cada ordenamento jurídico, sem prejuízo de outros fatores, cuja relevância parece absolutamente díspar.<sup>89</sup>

Assim, conclui que não se pode referir a um único substantivo unificador, já que, todo mercado tem suas especificidades, devendo, para empreender uma análise mais específica observar seus elementos básicos – “*objeto, sujeitos, interação com o alter, regramento jurídico, regramento proveniente de outras fontes etc.*”<sup>90</sup> – e poder traçar um mínimo de características do mercado específico.

Seria possível e, até necessário, traçar dessas características básicas uma compreensão genérica da disciplina jurídica dos mercados.

Para isso, iniciar-se-á do pensamento de Rachel SZTAJN:

(...) é preciso partir de uma atribuição inicial da propriedade sobre bens a que se soma a possibilidade da transferência dessa titularidade, porque não é função dos mercados nem atribuir propriedade sobre bens, nem disciplinar contratos que facilitem sua circulação. Essas tarefas cabem ao Direito, nada obstante tanto o direito de propriedade quanto os contratos interessem ao funcionamento dos mercados na medida em que a circulação da propriedade, legal e regularmente, se dá mediante a celebração de contratos.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Op. cit. p. 34.

<sup>89</sup> Op. cit. p. 36.

<sup>90</sup> Idem. Ibidem.

<sup>91</sup> Op. cit. p. 29.

A importância da definição de mercados, dessa forma, tem a ver com o desenvolvimento das atividades econômicas e da sua contribuição para a circulação de riquezas, o que decorre, principalmente, do modo de fornecimento de informações e da ausência de desigualdades entre os sujeitos, o que poderia gerar assimetrias informacionais.

A coibição dessas assimetrias é, sem dúvida, papel do Estado, o que objetivamente caracteriza uma intervenção no domínio econômico, *“inicialmente feita com mecanismos de controle de mercados e em seguida com a busca de redução de riscos ou incentivos a certas pessoas ou setores da atividade econômica”*<sup>92</sup>.

Tanto o é que quando o art. 170 da Constituição Federal fala em liberdade de iniciativa econômica, o está fazendo de forma a ser entendido amplamente. Nos dizeres de IRTI, conforme traz SZTAJN,

Liberdade de iniciativa não é apenas a liberdade de promover, ou não, atividade industrial, comercial ou financeira, mas significa também liberdade de acesso, liberdade de entrar em certo ramo de atividade negocial, de competir com outros pelo que a liberdade de iniciativa se liga diretamente à concorrência.<sup>93</sup>

Já ponderou SZTAJN que

Ao Direito, no que concerne ao funcionamento de mercados, compete disciplinar a estrutura de forma a definir tutelas e garantias para que a possibilidade de satisfação das necessidades individuais não leve a injustiças sociais. Necessário haver regras que disciplinem a propriedade e sua atribuição, a circulação lícita e regular da riqueza e a punição para a ilegal, além de definição de responsabilidade dos operadores.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Op. cit. p. 45.

<sup>93</sup> Op. cit. p. 32.

<sup>94</sup> Op. cit. p. 64.

Assim, o Estado teria papel importante na configuração dos mercados atuando na coibição de assimetrias informacionais e falhas, tanto para os consumidores, quanto para os empreendedores, evitando a formação de hierarquia, já que os mercados devem ser, para proporcionar maior acesso e competitividade, instituição horizontal – estudo este a que se procedeu no segundo capítulo.

A eficiência do mercado, então, depende dessa atuação estatal, pelo menos a princípio.

Mercado seria, nas palavras de Sunstein *“uma construção jurídica que se avalia segundo sua aptidão para promover interesses humanos, e não como fruto de uma ordem natural”*<sup>95</sup>. Porém esses interesses humanos, para serem tutelados, dependem de segurança jurídica, mais um fator que explica ser o mercado conformado juridicamente.

A troca econômica é o meio pelo qual os interesses humanos reproduzidos nos mercados se realizam. Segundo STZAJN:

Troca econômica não é necessariamente, negócio jurídico de compra e venda, mas qualquer negócio em que a propriedade circule livre e voluntariamente entre as pessoas. Equivale à aquisição de direito ou de posição jurídica anteriormente pertencente ou ocupada por outrem, tendo como contrapartida algum bem de titularidade do adquirente daquela posição. Troca econômica é contrato, acordo em que as partes ajustam a permuta de um bem por outro. (...) Para que a troca econômica ocorra exigem-se dois requisitos: (a) o direito de propriedade é definido; (b) as partes agem no exercício de sua autonomia negocial, quer dizer, os limites são fixados pela liberdade para contratar.<sup>96</sup>

Poder-se-ia dizer então que o mercado está totalmente vinculado à liberdade de contratar. O estudo desenvolvido no primeiro capítulo, dedicado aos paradigmas contratuais, mostra-se crucial:

---

<sup>95</sup> Op. cit. p. 41.

<sup>96</sup> Op. cit. p. 43.

quando do contrato clássico havia falhas e assimetrias que, com certeza, se transmitiriam ao mercado; no entanto, a intervenção do estado e a introdução do pensamento elencado no *Welfare State*, trouxeram tratamento diferenciado aos contratantes – decorrente de suas hipossuficiências – o que claramente trabalha com as noções de igualdade e liberdade e, poder-se-ia dizer, regula de certa forma o mercado.

Valerá também, nesse sentido, analisar os contratos em rede em relação aos mercados, pois a engenharia negocial, como se verá adiante, é ponto comum da análise das teorias que analisaram a empresa.

A liberdade de troca, dessa maneira, está associada à liberdade de mercado, pois esta “*corresponde a liberdade de iniciativa econômica, possibilidade de oferecer a própria força de trabalho nos mercados*”<sup>97</sup>. Como já aduzido por SZTAJN acima, é função do direito formatar a estrutura dos mercados visando a garantia e as tutelas das necessidades individuais.

Caso o Estado conseguisse coibir todas essas assimetrias e fazer com que os mercados funcionassem perfeitamente, não haveria motivo para a criação de estruturas intermediárias como a empresa, pois o mercado seria eficiente. Sabe-se, porém, que a integralidade dos mercados não consegue chegar a esse padrão e contém, em si, riscos e custos.

Daí a teoria de Coase sobre as firmas e, como já dito, daí a origem da empresa ou firma. STAZJN traz a luz mais uma vez:

Administrar riscos de forma que a atividade econômica sirva ao propósito de garantir satisfação social requer outra forma de organizar a produção, outra estrutura que facilite as relações de produção de bens e serviços para os mercados.

---

<sup>97</sup> Op. cit. p. 43.

Essa estrutura é a empresa ou firma segundo Coase (o termo tem sentido de atividade empresarial).<sup>98</sup>

Outro ponto é que com o avanço tecnológico vinculado à melhoria no sistema de transportes, o local em que se realizam as trocas se torna menos importante, daí porque destacar a repetição das relações que se apresentam uniformemente, ou seja, que se reproduzem em massa.

A intensidade desse tráfico negocial em massa imposto pela industrialização requereu regras que contemplassem não apenas a velocidade com que as operações são realizadas, mas, sobretudo, a repetição de padrões e a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial. E, no plano jurídico,

a mesma conjugação de aumento de operações em que a repetição do modelo negocial se espalha e padroniza também demanda regras diferentes das previstas para os negócios similares contábeis e atuariais (...). Aqui a liberdade de contratar, em suas manifestações – liberdade de modelar o conteúdo do contrato e liberdade de forma -, impõe ao contrário do que se suporia, simplificação crescente dos procedimentos.<sup>99</sup>

Vale trazer o pensamento de Libonati, para quem “*sobre a certeza do direito prefere a certeza do tráfico*”<sup>100</sup>.

Numa questão de tempo, a produção - considerada como um processo à parte - supera a circulação das mercadorias e vai, aos poucos, se organizando, o que faz surgir um caráter de atividade a esse conjunto de atos (produção, distribuição e circulação) que visa oferecer determinado produto ou serviço no mercado.

A atividade torna-se, assim, o cerne dessa análise.

---

<sup>98</sup> Op. cit. p. 66.

<sup>99</sup> Op. cit. p. 22.

<sup>100</sup> Idem. Ibidem.

A necessidade primeira da atividade empresarial é garantir a circulação da riqueza e a estabilidade das relações jurídicas de modo a promover a produção e a circulação de bens e serviços, porque *“depende de mercados para produzir gera riscos que podem não convir aos particulares que, por isso, organizam os fatores de produção como meio de dar maior estabilidade de suas operações”*.<sup>101</sup>

O fato é que essa atividade fundada no congregamento de produção, distribuição e circulação confere um caráter específico à atividade de empresa sobre a qual recairia, ou pelo menos deveria recair, um complexo de normas originárias que, segundo SZTAJN, são destacadas das de direito comum em virtude da especificidade da atividade e de sua importância para a sociedade.

Tulio Ascarelli foi um dos primeiros doutrinadores a tratar a empresa como atividade. Propunha uma crítica à empresa como organização dos fatores de produção, no que aduz BULGARELLI:

A organização externa não é elemento estrutural da essência da empresa, pois que é a própria atividade do empresário (...) que deve ser organizada. É, portanto, a atividade organizada e não a organização dos bens e do trabalho de outros, que é considerada na definição de empresa. A empresa, isto é, a atividade organizada cria ordinariamente a organização de bens (a azienda, o fundus instructus) e do trabalho (a comunidade de trabalho); mas não se identifica com essa organização e portanto com o organismo criado.<sup>102</sup>

A organização, porém, não desaparece da noção de atividade, tornando-se mero adjetivo.

A atividade organizada, segundo BULGARELLI

(...) reflete os dois aspectos da realidade; a organização sob o prisma da disposição, de arranjo, de ajuste dos elementos próprios para produzir (dos fatores de produção, dizem os economistas) e a atividade, como série coordenada de atos encadeados teleologicamente, que a põe em funcionamento,

---

<sup>101</sup> Op. cit. p. 73.

<sup>102</sup> Op. cit. p. 131.

que a afirma no mundo fático e conseqüentemente refletindo no plano jurídico.<sup>103</sup>

Cabe, separar então, ato e atividade, levando em conta que esta última tem valoração própria no sistema jurídico, distanciando-se da imagem de ser a mera soma dos atos.

Bulgarelli se refere ao estudo feito por Ascarelli e Panuccio sobre a diferenciação de atos e atividade e como resultado identifica dois princípios básicos orientadores da concepção jurídica da atividade que são:

(...) 1) a efetividade, caracterizadora do fato que a atividade só pode ser considerada existente se exercida realmente; e 2) o resultado, ou seja, que a atividade deve sempre tender para um resultado, sendo esta tensão um componente necessário da atividade, como o é a efetivação de seu exercício.<sup>104</sup>

STAZJN, nesse sentido de diferenciar os institutos, diz que eles têm em comum a visão de se referirem ao resultado de alguma ação das pessoas, mas que, enquanto o ato estaria vinculado à idéia de ação única, a atividade embebe-se no movimento, na continuidade.

Para ela, ato *“é qualquer ação que incida sobre um conjunto de interesses próprios ou não e seja objeto de qualificação jurídica em relação a tal incidência”*<sup>105</sup> e ato jurídico é a *“ação reconhecida pelo ordenamento como a apta a produzir efeitos jurídicos que são presos à vontade do agente, independentemente de que tenha consciência e vontade do substrato material na declaração e/ou seus efeitos jurídicos”*<sup>106</sup>.

Quando trata da atividade, diz que

---

<sup>103</sup> Op. cit. p. 168.

<sup>104</sup> Op. cit. p. 184.

<sup>105</sup> Op. cit. p. 94.

<sup>106</sup> Idem. Ibidem.

(...) compreende uma especial categoria de atos, bastante larga e abrangente. Compreende todos os atos praticados por uma pessoa naturalmente capaz que possam, também, ser considerados como fatos que implicam evento real (material ou jurídico), para os quais o agente deve estar em situação particular. A imputação de atos-fatos que integram a atividade faz-se sobre o autor material, ao eventual substituto, tudo dependendo da destinação dos efeitos jurídicos conexos ao seu cumprimento; portanto, o ordenamento pode prever destinação una ou plúrima.<sup>107</sup>

Nesse sentido, traz a doutrinadora o pensamento de Buonocore, para quem

(...) a prática voluntária de certos atos, sua reiteração, produz efeitos predispostos em lei, coerentes com a intenção perseguida pelo agente, o que leva a presumir que o sujeito tenha conhecimento desses efeitos decorrentes de seu comportamento. Vontade livre em que o processo formador não resulta de pressões externas. A juridicidade é consequência, diz, do comportamento objetivamente relevante que o ordenamento prende à produção de efeitos incidentes na esfera jurídica das pessoas.<sup>108</sup>

A autonomia da atividade em relação aos atos decorre, por conseguinte, de os efeitos jurídicos previstos para seu exercício serem produzidos ainda quando os atos praticados não produzirem efeitos. São duas disciplinas que se relacionam, mas que, ao mesmo tempo, são distintas, de modo que a nulidade dos atos não afete a atividade por exemplo. Bulgarelli intercede nesse norte:

A separação pois entre ato e atividade serve para dirimir vários problemas. Por exemplo: da proibição de uma atividade não pode derivar a sua nulidade; nem mesmo a nulidade dos atos singulares que possam restar válidos, embora sendo ilícita a atividade. (...) A atividade deve ser valorada autonomamente, em relação aos atos isolados singularmente considerados. Independentemente da disciplina dos atos singulares, pode ser lícita a finalidade perseguida com a atividade ou pode ser sobreposto o exercício da atividade às normas particulares. A ilicitude da finalidade e também a do

---

<sup>107</sup> Op. cit. p. 95.

<sup>108</sup> Idem. Ibidem.

exercício não exclui a imputação da atividade, pois, importa na aplicação de sanções.<sup>109</sup>

A atividade, de acordo com as delimitações propostas acima, é o conjunto de atos, coordenados e unificados pelo plano funcional. A unidade dos atos decorre de serem eles funcionalmente necessários para atingir o fim visado, decisão essa tomada pelo exercente da atividade. Frise-se que a decisão é do exercente da atividade, mas nem todos os atos precisam ser praticados por ele, pensamento que se liga àquele da colaboração de terceiros na execução da atividade e ao perfil institucional de Asquini. Segundo STAZJN a participação destes terceiros se dá por meio dos negócios jurídicos, daí *“poder-se considerar que há uma relação de gênero e espécie entre ato e contrato, trate-se de contratos unilaterais, ou não”*.<sup>110</sup>

Separados ato e atividade, cabe tratar especificamente da atividade empresarial que é tema principal deste ensaio. Para isso, vale trazer o pensamento de Sylvio MARCONDES que, na exposição de motivos para o novo Código Civil – datada de 1977 -, traz um conceito sobre a atividade negocial:

*“Atividade negocial – O conceito de ato jurídico, restrito em nosso Código Civil ao que tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se alarga, atualmente, como fonte formal de todo o comportamento apto a construir direitos subjetivos, constituindo gênero, do qual a declaração de vontade, dirigida, no sentido da obtenção de um resultado, constitui espécie denominada negócio jurídico. Atos jurídicos, isto é, negócios jurídicos, ou seja, atos negociais. (...) Ora, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas, e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno deste, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstancia em atividade. E, assim como, partindo do conceito de negócio jurídico, se erige um sistema de atos, cabe assentar-se os postulados normativos do exercício da*

---

<sup>109</sup> Op. cit. p. 185.

<sup>110</sup> Op. cit. p. 99.

*atividade, Atos negociais e, portanto, atividade negocial. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício”.*<sup>111</sup>

Assim, no pensamento de MARCONDES, o ato negocial pode ser equiparado ao negócio jurídico e, quando uma determinada quantia de atos negociais se liga e objetiva um fim comum, permite falar-se em atividade negocial.

STZAJN diz que o pensamento de Buonocore segue esta linha, pois para ele os atos em série, predispostos pelo empresário de maneira a representar um ponto de encontro entre atividade, como programa do empresário, e os contratos singulares mediante os quais a atividade é desenvolvida, traçam a autonomia da empresa.

Para Buonocore é importante compreender

(...) que a empresa tende a projetar-se nos mercados, seu habitat natural, abrangendo interesses diversos e, sobretudo, estranhos aos do empresário. São diferentes autonomia privada e autonomia da empresa, A primeira tem que ver com o fator de organização da empresa que, em momento subsequente, se destaca daquele, ganha autonomia ou adquire vida própria, constituindo novo centro de interesses.  
112

A atividade empresarial é, pois, a atividade econômica e não poderia ser outra. É que a empresa é, claramente, uma organização de caráter econômico com o foco em produzir e fazer circular bens e serviços a serem oferecidos em mercado. Este é o seu fim e sua função, no que se assemelha ao perfil funcional de Asquini.

Compreender atividade como prática social, empostando o fenômeno todo, na funcionalidade do negócio e não em sua estrutura, permite deixar os atos em posição secundária;

<sup>111</sup> MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. p. 6.

<sup>112</sup> Op. cit. p. 104.

tomar os efeitos jurídicos da atividade, não o dos atos, com o que se pode fazer dela, atividade, um suporte em si.<sup>113</sup>

STAZJN, trazendo o pensamento de BUONOCORE, replica nessa toada:

Esse aspecto é, para Buonocore, a razão justificadora da tutela que a empresa deve receber do legislador. Atividade econômica é um fazer especial, é produzir para mercados, que, nos sistemas jurídicos que abraçaram a empresa, não têm disciplina própria por aproveitar-se daquela relativa a atos, reconduzindo-se atividade a uma série de atos coordenados e unificados entre si por terem uma função única. (...) Projetando-se em atos entre si relacionados, parece haver interdependência de efeitos entre atos e atividades, dificultando isolá-los para determinar-se a juridicidade da atividade por si.<sup>114</sup>

Segundo a teoria de Coase, as firmas serviriam exatamente para reduzir os riscos do mercado e minimizar os custos de transação, facilitando o oferecimento de bens e serviços no mercado. E elas não operam isoladamente, mas baseiam-se em modelos de interdependência (razões econômicas, alocação de recursos, fiscais, de economia tributária).

A atuação conjunta no plano jurídico se representa por contratos de longo prazo com maior cuidado nas negociações (visa preservar as relações entre as pessoas), no que SZTAJN aduz:

Comportamentos empresariais resultam dos objetivos dos contratantes e se manifestam nas interações com finalidade de cooperação ou expropriação. (...) Quando se acopla a essa idéia a noção de custos de transação, as dificuldades de completude contratual, as organizações seriam menos desejáveis. O vínculo entre normas e comportamento quando os contratos são incompletos favorece a organização de empresas.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Op. cit. p. 149.

<sup>114</sup> Op. cit. p. 148.

<sup>115</sup> Op. cit. p. 158.

É importante notar que a atividade empresarial aperfeiçoa-se na celebração de contratos, porque não restam dúvidas de que a produção de bens e serviços para o mercado resulta do emprego de meios patrimoniais e do trabalho, do fazer das pessoas de forma coordenada. Deste pensamento vem a noção de empresário como alguém que organiza os fatores de produção (bens, recursos, trabalho próprio e de terceiros), dessa vez vinculado ao perfil subjetivo de Asquini e àquela idéia de adjetivação da atividade proposta por Bulgarelli.

A figura dos contratos também se destaca por ser o instrumento que facilita a circulação da propriedade. É que as empresas organizam a produção para os mercados e os contratos tornam eficiente a troca econômica.

Tanto é assim que Francisco MARINO, ao tratar dos contratos coligados, discorre que

(...) todo contrato implica uma operação econômica. Como adverte Roppo, o contrato, enquanto conceito jurídico é “a veste jurídico-formal de operação econômica”, uma “formalização jurídica” constituída “em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstrata, e, conseqüentemente, incompreensível (...). Também Mario Bessone refere-se ao contrato como “técnica de circulação da riqueza que traduz a operação econômica em uma apropriada forma jurídica.”<sup>116</sup>

Dessa forma, deve-se compreender que, no plano dos negócios empresariais, a especialização crescente das atividades que reduz custos de produção<sup>117</sup> e a repartição de função impõe o enfrentamento de questões novas, típicas de contrato de longa duração e execução continuada, com o que se chegará aos contratos ou negócios incompletos.

---

<sup>116</sup> Op. cit. p. 21.

<sup>117</sup> Sztajn diz que o “*processo de especialização é intrínseco às organizações econômicas*”. Op. cit. p. 156.

Este enfrentamento se dá com modelos negociais que necessitam de cooperação, colaboração, solidariedade entre agentes, ou seja, práticas condizentes com as transformações sociais que se sucedem à globalização, às inovações tecnológicas e a especialização, sobretudo no plano empresarial.

Observando a realidade, é fácil apreender que contratos são o centro nervoso da empresa. Mais, que os contratos de execução continuada são os mais importantes nessa alternativa ao mercado e que esses contratos são, usualmente, recorrentes, repetindo-se as estruturas negociais. Também se percebe que a confiança que se estabelece ao longo do relacionamento facilita a negociação/renegociação do contrato sempre que fatos supervenientes, previsíveis, ou não, alteram o equilíbrio contratual.<sup>118</sup>

Mostram-se necessários também mecanismos que harmonizem as relações que se concretizam pela combinação de diferentes contratos, nem sempre entre as mesmas partes, em processo de engenharia negocial ligado à produção de bens e serviços para mercados e que possam ser revistas com base na confiança e nos deveres laterais de conduta já aduzidos.

A mecanização da produção provoca impactos sérios nos sistemas de provisionamento e distribuição que se projetam no plano dos contratos.

A demanda por investimentos destinados a áreas ou setores econômicos que tem pouca ou nenhuma mobilidade projeta novas formas negociais que dêem segurança quanto à continuidade das operações dentro da cadeia produtiva (formas contratuais que levam a um resultado paretiano<sup>119</sup>), ou que pelo menos evitem a dependência de mercados, conforme aduz SZTAJN:

---

<sup>118</sup> Op. cit. p. 172.

<sup>119</sup> Trata-se de conceituação econômica definida por Páreto, que defendia que as nuances econômicas, via de regra, levam a um resultado ótimo; o que se denomina "Ótimo de Páreto".

Evitar a dependência dos mercados, ou seja, vulnerabilidade externa, requer ter domínio sobre todos os fatores de produção, e essa constitui uma das razões clássicas para a organização de empresas.<sup>120</sup>

É exatamente esse o pensamento de Coase em relação aos custos de transação.

Conclui-se que a autonomia privada e a cooperação (colaboração) interempresarial facilitam a organização das atividades empresárias.

Difícilmente se poderão manter em uma unidade todas as atividades necessárias à produção de bens de consumo finais. A integração da cadeia produtiva requer que ninguém se torne refém de procedimento de qualquer outro integrante do processo, o que pressupõe a organização.

Porém, vale dizer que a organização não é o pressuposto principal de caracterização da empresa, de forma que *“a idéia de feixe de contratos de Coase, quando busca definir a natureza da empresa, pode contribuir como elemento distintivo específico”*.<sup>121</sup>

A idéia de feixe de contratos que organizam uma imputação e centralizam o comando da atividade, proposta por Coase, é vinculada fortemente à idéia de Asquini ao projetar o fenômeno econômico no perfil patrimonial – patrimônio *aziendale* – e caracterizá-lo como uma universidade de direito do qual o empresário é titular, no que STAZJN aduz:

Da heterogeneidade das relações jurídicas componentes do patrimônio empresarial – ativas, passivas, reais, obrigacionais, fidejussórias – emerge uma complexo de relações organizadas por uma força motriz. É a universalidade de direito; por isso, Asquini a denomina *patrimônio aziendale* ou *universitas iurium*.

---

<sup>120</sup> Op. cit. p. 175.

<sup>121</sup> Op. cit. p. 183.

Os empresários, como já dito, são aqueles que fazem a intermediação em mercados (vinculados à produção em massa). Entre eles, que são, de fato, os agentes econômicos, há uma dependência recíproca, o que torna o planejamento especial (especialização e cooperação em longo prazo) e o que se faz por meio desse feixe de contratos.

Considerando a empresa como feixe de contratos, organização complementar ao mercado, visando reduzir custos de transação, em que também se destina manter a continuidade das operações, da atividade, dar-lhe suporte normativo implica reconhecer que o fenômeno vai além dos limites das sociedades, personificadas ou não e, portanto, há que se analisar a cadeia produtiva e a ligação entre agentes e empresários.<sup>122</sup>

Não há necessidade de se ter um único centro de imputação da atividade, já que esta se exerce ao longo da cadeia produtiva, daí a aplicabilidade da teoria das redes contratuais, que exerce bem esse papel de distribuir os centros de imputação e se fundamenta nas mesmas características.

Os contratos incompletos a que se fez menção são vinculados a uma racionalidade limitada (incapacidade de prever todos os eventos da relação à futuro) e, por isso, demandam um maior cuidado, principalmente no que se refere à possibilidade de, no futuro, se necessário, serem revistos pontos da operação contratada para repactuar e disciplinar eventos intercorrentes (tanto os previstos no contrato quanto aos quais não houve predisposição negocial). STAZJN ainda afirma que:

A incompletude contratual (...) decorre do poder de barganha e da titularidade dos ativos, o que explica a decisão de organizar a atividade ou contratar no mercado. Mudanças no ambiente institucional relativas a direitos de propriedade, contratos, certa inércia na política normativa e nos costumes

---

<sup>122</sup> Op. cit. p. 218.

alteram os parâmetros e modificam os custos de governança na organização empresarial.<sup>123</sup>

A renegociação aduzida acima consiste em compartilhar o risco reajustando as bases jurídicas, o que se funda no fim comum de manutenção e no dever de cooperação advindo dos deveres recíprocos da boa-fé.

A atividade empresarial quando exercida, necessita da manutenção das relações jurídicas que podem ser intra e/ou interempresariais (contratos de empresa).

Aqui interessa saber como aplicar à teoria dos contratos técnicas da teoria da decisão a fim de procurar explicações para relações negociais (negócios de execução continuada e/ou flexível ou passíveis de revisão) que visam a manutenção da operação econômica, o que, propõe-se fazer pela teoria das redes contratuais.

Pra facilitar esta análise da empresa pelos instrumentos das redes contratuais, pressuporemos que a teoria das redes contratuais é uma norma, com suas respectivas características sobre a qual a conceituação de empresa irá incidir para verificarmos se há a exata adequação que promoverá os efeitos especiais que essa categoria possui.

Na teoria das redes contratuais há o especial caráter sistemático da ligação entre os contratos, de tal modo que os eventos ocorridos em um elemento do sistema vêm a se refletir, em maior ou menor escala, em todo o sistema.

É passível destacar alguns pontos básicos das redes contratuais, quais sejam: coexistência de dois ou mais contratos estruturalmente diferentes, mantidas as respectivas causas desses contratos; existência de um nexó funcional entre os contratos diferenciados; existência de um nexó econômico entre esses contratos;

---

<sup>123</sup> Op. cit. p. 192.

e relevância jurídica entre estes contratos, seja em razão da motivação (perspectiva subjetivista), seja em razão da correspectividade de prestações (perspectiva objetivista).

Primeiro: a criação das empresas visa a reduzir os riscos do mercado e minimizar os custos de transação. O meio de realizar esses objetivos é não operar isoladamente, pois os modelos de interdependência com atuação conjunta facilitam a alocação de recursos e a economia tributária, o que, em uma análise extrassistêmica, é o nexos econômico entre os contratos internos e externos à empresa.

Segundo: os contratos referidos acima, no plano jurídico, representam-se por meio de negociações cuidadosas e em longo prazo, que visa preservar as relações entre as pessoas. Essa cautela refere-se à possibilidade de, no futuro, se necessário, serem revistos pontos da operação contratada para repactuar e disciplinar eventos que venham a ocorrer, sobre os quais não houve predisposição negocial. Além de cada contrato ser diferente estruturalmente - de trabalho; de consumidores e de produtores -, eles se conectam por meio do objetivo final da empresa que é a manutenção da atividade econômica, ou seja, o nexos funcional do sistema.

Terceiro: os contratos referidos têm relevância jurídica quando analisados subjetivamente: trabalhadores; consumidores e entre produtores; ou objetivamente, quando em relação à correspectividade das prestações: trabalho contratado para a produção de bens ou oferecimento de serviços; contrato de compra e venda com consumidores, protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e entre produtores, que é uma compra e venda ordinária, a princípio, sem hipossuficiência de nenhuma das partes.

Quarto: todas essas características se ligam dando união e ordem à atividade empresarial, que pode ser equiparada à empresa ou

firma, na terminologia de Coase, e criando um sistema sobre o qual é passível a incidência da teoria das redes contratuais.

Passando as coisas deste modo, a empresa analisada economicamente em todo seu conjunto e colocada no âmbito das relações jurídicas pode ser vista como uma rede contratual.

As conseqüências de se adotar este pensamento é que todas as partes do sistema deverão se organizar prezando sempre pela estabilidade, persistência temporal e equilíbrio, os quais são alcançados por meio dos deveres laterais de conduta, de modo que a relação obrigacional deve ser entendida como um processo e, não mais como um binômio deveres-direitos.

Ademais, como aduz Xavier LEONARDO, os “*deveres laterais não surgem da manifestação de vontade expressa dos contratantes, mas da realidade objetiva sistêmica por eles criada*”<sup>124</sup>, normalmente representada pela boa-fé objetiva.<sup>125</sup>

Verificam-se pelo menos três deveres laterais de conduta correspondentes aos três objetivos próprios ao ideal ordem no sistema: dever lateral de contribuição para a manutenção do sistema; dever lateral de observação de reciprocidade sistemática das obrigações e dever lateral de proteção das relações contratuais internas ao sistema.

Segundo XAVIER, o dever lateral de contribuição para a manutenção do sistema vincula-se às noções de estabilidade e persistência temporal, já que atentar

---

<sup>124</sup> Op. cit. p. 149.

<sup>125</sup> Clóvis V. do Couto e Silva assevera que: “*Categoria das mais importantes é a dos deveres secundários, como resultado da incidência do princípio da boa-fé. (...) Os deveres que nascem dessa incidência são denominados secundários, anexos ou instrumentais. Corresponde ao termo germânico Nebenpflichten. No direito anglo-americano, faz-se também a distinção entre condition e warranty, porém, lá, as obrigações diferem, em muito, do conceito no direito continental-europeu, de que também somos herdeiros. (...) Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência.*” A obrigação como processo, p. 92 e 93.

(...) contra o sistema é atentar contra o objetivo comum instrumentalizado pela operação econômica viabilizada pelo sistema, com potenciais consequências danosas para todos sujeitos envolvidos e, por consequência, vedada pelo direito.<sup>126</sup>

Quanto ao segundo dever lateral, de reciprocidade sistemática das obrigações, segundo XAVIER, objetiva manter ou promover o equilíbrio entre as partes do sistema, isto porque nas redes contratuais

(...) verifica-se algo transcendente à bilateralidade comum aos contratos singulares. As prestações de uma parte não são correspectivas apenas às prestações da contra-parte dos contratos singulares. A relação de correspectividade que deve se estabelecer envolve os demais contratos coligados em rede.<sup>127</sup>

O último deles, dever lateral de proteção das relações contratuais internas ao sistema, pode, segundo XAVIER, ser tripartido ainda em: dever lateral de proteção em sentido estrito, que consiste em que as partes durante o fenômeno contratual evitem infligir danos mútuos nas suas pessoas ou nos seus patrimônios; dever de lealdade, que obriga que as partes na pendência contratual abstenham-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado; e dever de transparência, que defende que todos os contratantes em rede têm o dever de, mutuamente, fornecer aos demais todas as informações relevantes para o bom funcionamento do sistema.

Ao cabo, vale trazer a eficácia para-contratual dos contratos em rede. É que, conforme aduz XAVIER,

se os privados decidem potencializar a fruição econômica de suas atividades mediante a criação de redes de contratos, as expectativas contratuais que devem ser protegidas não são apenas as expectativas das partes contratantes, mas também as expectativas de todos aqueles que interagem em rede, sobretudo os destinatários finais desta relação,

---

<sup>126</sup> Op. cit. p. 151.

<sup>127</sup> Op. cit. p. 152.

presumivelmente, os mais vulneráveis em relação à organização empresarial que lhes precede.<sup>128</sup>

Existiria assim, uma para-eficácia entre os contratos em rede, sintetizada em um dever geral de proteção em favor do sistema, baseado nos deveres laterais tratados acima, “*sem prejuízo de um dever de proteção dos destinatários finais dos produtos e serviços ofertados mediante uma rede de contratos*”.<sup>129</sup>

### 3.1 Consequências jurídicas da análise

Delineados os contornos dessa conceituação jurídica de empresa, cabe, por fim, verificar as consequências de se adotar tal teoria, principalmente naqueles pontos em que se preocuparam os doutrinadores italianos e franceses quando do estudo dos contratos coligados: a contaminação de invalidades e ineficácias e a oponibilidade do inadimplemento de terceiro.

Aduz Carlos Nelson KONDER:

É no campo da validade e eficácia dos contratos que o reconhecimento da conexão contratual viabiliza feitos mais incisivos. A possibilidade de que a ineficácia *lato sensu* de um contrato possa contaminar outro contrato aparentemente perfeito vem sendo objeto de diversos estudos (...)<sup>130</sup>

Trataremos das contaminação das invalidades num primeiro momento.

Segundo Rodrigo Xavier LEONARDO:

Mediante a contaminação de invalidades, refere-se a uma deficiência (plano da validade), verificável em um contrato estruturalmente independente, que se prolifera por meio de outros contratos funcionalmente ligados em rede. Em outras

---

<sup>128</sup> Op. cit. p. 154.

<sup>129</sup> Op. cit. p. 154.

<sup>130</sup> Op. cit. p. 219.

palavras, procura-se averiguar se uma invalidade encontrada em um contrato isolado pode transmitir seus efeitos nefastos aos outros contratos funcionalmente engendrados em uma rede contratual.

Francisco MARINO reflete que, em uma primeira análise, a referida invalidade deveria afetar os outros contratos coligados, porque a coligação pressupõe uma relação de dependência entre eles, assim como ocorre nas redes contratuais, talvez de forma até mais forte.

Não obstante, tal pensamento não merece guarida, até porque se mostra contraditória àquele dever de contribuição para a manutenção do sistema a que referimo-nos no último capítulo. Deste modo, poder-se-ia relacioná-lo com o art. 184 do Código Civil brasileiro, alusão que XAVIER e MARINO fazem.

Referido dispositivo determina que:

*“Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se este for separável. A invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.*

.De igual forma, ambos os autores trazem o pensamento de Pontes de Miranda, no sentido de que não cabe a aplicação do dispositivo porque este não diz respeito literalmente à união de negócios jurídicos, o que dependeria de questão de interpretação casuística.

XAVIER aduz que o pensamento de Pontes de Miranda indubitavelmente

(...) adequava-se a uma concepção estrutural de contrato, entendido como espécie de negócio jurídico bilateral que perpassaria pelos planos da *existência, validade e eficácia*. (...) Sob as luzes da perspectiva estrutural do contrato, o entendimento sustentado por Pontes de Miranda apresentava incontestável solidez. Ocorre, porém, que, com a conformação das redes contratuais, impulsionadas por necessidades econômicas, emergiram conflitos que, apreciados pela doutrina e pela jurisprudência, não pareciam encontrar

solução satisfatória nos critérios até então apresentados e na tradicional leitura do art. 184 do Código Civil.<sup>131</sup>

Segundo Francisco MARINO, para enfrentar a questão é necessário considerar a dependência entre os contratos coligados, o que é a lógica da coligação contratual e das redes contratuais. Desse modo, a princípio, a invalidade de um contrato afeta os demais, de modo que tal regra poderá ser combatida pelo fundamento da eventual permanência dos demais contratos coligados, o que se viabiliza na *“possibilidade de atingir o fim concreto visado pelas partes”*.<sup>132</sup>

Somente quando o fim concreto não for afetado pela invalidade de um dos contratos coligados é que os demais poderão ser mantidos. O fim concreto, parcela relevante do conteúdo contratual, deve ser determinado mediante interpretação objetiva, atenta à “racionalidade interna” do contrato (economia do contrato) e conduzida à luz dos parâmetros previstos na lei (art. 113 do Código Civil).<sup>133</sup>

Observa-se que, em regra, a invalidade de um dos contratos afetará o equilíbrio das prestações. Desta forma, só quando a invalidade não afetar o sinalagma intercontratual é que há a possibilidade de manutenção dos demais.

Analisando por essa perspectiva, MARINO aduz que

(...) a invalidade de um contrato não acarreta a invalidade do contrato a ele coligado. Esta não possui um vício simultâneo à formação, que dê causa a *sanção* de invalidade. O que há é a perda de um fator de eficácia.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Op. cit. p. 183.

<sup>132</sup> Op. cit. p. 193.

<sup>133</sup> Idem. Ibidem.

<sup>134</sup> Op. cit. p. 194.

Para o referido autor, no direito brasileiro, a solução tende-se a considerar que a invalidade de um contrato acarreta, em regra, “a *ineficácia superveniente dos contratos a ele coligados*”.<sup>135</sup>

Em resumo, esta ineficácia superveniente do contrato coligado tem causa na impossibilidade de atingimento do fim concreto buscado pelas partes, no que aduz ao final MARINO:

Em conclusão, pode-se afirmar que, *a priori*, a invalidade de um dos contratos afeta os demais, a ele coligados. Somente quando o fim concreto não for comprometido pela invalidade do contrato é que os demais poderão ser mantidos, cabendo à parte, que alega a possibilidade de alcançar o fim concreto, o ônus de prová-lo. Via de regra, esta “afetação” dar-se-á sob a forma de *ineficácia superveniente* dos contratos coligados, em decorrência da impossibilidade de alcançar o fim visado pelas partes (impossibilidade superveniente do objeto, compreendido o objeto do contrato enquanto operação econômico-jurídica visada pelas partes, ou perda da função social do contrato, conforme o art. 421 do Código Civil).<sup>136</sup>

Ao cabo, vale notar que o autor ainda diz que em casos específicos, os contratos coligados supérstites poderão ser considerados inválidos - nulos ou anuláveis, o que caracteriza exceções. Por exemplo, no caso de um contrato válido poder ser visto como causa pressuposta de outro, a consideração é pela invalidade e não pela simples ineficácia.

Em um segundo momento, a análise se destinará à ineficácia de um contrato em decorrência da ineficácia de outro a ele coligado. Anota MARINO:

Do mesmo modo que a invalidade de um contrato pode acarretar a ineficácia superveniente dos contratos a ele coligados, esta pode advir da ineficácia do contrato coligado. Retoma-se aqui, brevemente, o raciocínio deduzido a respeito da repercussão da invalidade do contrato coligado.

---

<sup>135</sup> Op. cit. p. 195.

<sup>136</sup> Op. cit. p. 197.

XAVIER ressalta, ao tratar do tema, a importância da diferenciação entre os planos da validade e da eficácia. Deste modo, advoga que a ineficácia total ou parcial de um contrato pode se propagar para outros contratos coligados.

MARINO assinala que a ineficácia de um contrato coligado a outros também implica na ineficácia superveniente dos demais, quando impossibilitar o atendimento do fim visado pelas partes, em regra, no que se aplicam as mesmas considerações em relação às invalidades, guardadas as devidas desproporções.

Por fim, traçar-se-á uma análise da oponibilidade do inadimplemento de terceiro.<sup>137</sup> É que o inadimplemento de uma relação contratual tem o condão de afetar não apenas as partes, mas também os demais participantes das redes contratuais.

Endossa MARINO:

Distinto é o problema quando a parte inadimplente figura somente em um dos contratos, e a contraparte pretende opô-lo àquele que figurou no outro contrato. A questão possui relevância prática e teórica, esta última por conta da possível interferência do princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Aduz MARINO, após realizar breve análise prática, que,

(...) da mesma forma como se dá na coligação entre as mesmas partes, na coligação com partes distintas a oponibilidade do inadimplemento do “terceiro” pressupõe que a prestação do contrato coligado se tenha tornado inútil ao credor, por conta do inadimplemento do “terceiro”. (...) Em segundo lugar, a fim de ser o inadimplemento do “terceiro” oponível, é necessário haver, entre o “terceiro” e a parte do contrato coligado em relação a quem o descumprimento é oposto, comunhão de interesses, ou que, de outro modo, a parte que opõe o inadimplemento tenha a expectativa legítima de que as prestações das contrapartes se vinculavam de tal

---

<sup>137</sup> Op. cit. p. 205.

modo que nenhuma delas poderia exigir contraprestação sem que a outra também adimplisse.<sup>138</sup>

Ressalte-se que essa comunhão de interesses será representada por uma atuação concertada entre o “terceiro” e a parte a quem o inadimplemento é oposto; enquanto a expectativa legítima tem fundamento e dependerá do fim concreto e das circunstâncias relevantes.

Daí porque a análise do caso concreto é crucial.

Em contrapartida a essa oponibilidade intercede o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, o qual foi objeto de estudo no primeiro capítulo.

MARINO diz que terceiro, em relação ao contrato, é todo aquele que não participou de sua formação e, em seguida, especifica alguns tipos de terceiros: *penitus extraneus*, aquele completamente alheio ao contrato; terceiros em relação ao contrato que são, ao cabo, partes da relação contratual (exemplifica com a estipulação em favor de terceiros); e terceiros interessados, que se afigura como uma categoria intermediária.

Quanto ao terceiro interessado, Francisco MARINO traz pensamento de Luciano Camargo PENTEADO, no sentido de que

não é parte, contudo ‘detém posição jurídica afim das posições jurídicas das partes’ ou ‘está em situação que tal o suceder de acontecimentos no interior da relação obrigatória pode claramente lhe provocar efeitos prejudiciais.

Conclui-se que o mero fato de fazer parte de um contrato integrante de uma rede contratual ou de coligação contratual não torna o terceiro integrante desta, sendo que este pode ser alheio ao fim buscado.

---

<sup>138</sup> Op. cit. p. 208.

À exceção dessa regra, MARINO aduz que

(...) a parte do contrato coligado será, na coligação com partes distintas, *terceiro interessado* em relação ao contrato do qual não foi parte. A qualidade de terceiro interessado pode advir, *in casu*, da comunhão de interesses que une as partes que não são co-contratantes, ou da específica posição jurídica ocupada pelo terceiro, em relação às demais partes dos contratos e ao fim contratual concreto<sup>139</sup>.

Desse modo, partindo das premissas acima, é possível afirmar que a oponibilidade do inadimplemento de um contrato em relação ao terceiro interessado, que participa de contrato coligado ao primeiro, configura efeito do contrato inadimplido perante o terceiro interessado.

## Conclusão

Ultrapassadas todas as conceituações acima, conclui-se por pretender dar novo tratamento à empresa.

Na sociedade capitalista atual, onde essa instituição se torna um meio importante de permanecer no mercado, cabe analisá-la com mais afinco, o que se pretendeu nas páginas dispensadas.

De todo o modo, notou-se que a atividade que a empresa exerce se instrumentaliza por meio do contrato e de suas conformações jurídicas, a que se deu maior destaque às redes contratuais.

Optou-se por agir nesse sentido em virtude da concepção sistemática que esta possui o que é infundido no conceito de firma proposto por Coase.

---

<sup>139</sup> Op. cit. p. 209.

Assim, ao cabo e em resumo, vale ressaltar a importância da análise conjunta do Direito, Economia e Instituições, o que já é realidade em países estrangeiros – correntes como a *Law and Economics* e a *Nova Economia Institucional* – e começa a surgir no Brasil. Passar por cima dessas novas tendências a fim de resguardar as doutrinas já aclamadas não é difícil.

O desenvolvimento de tal análise no Brasil promete um grande futuro, já que há grandes doutrinadores nessa área, o que se reflete, por exemplo, nos trabalhos a que fiz uso nesta obra.

## Bibliografia

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. São Paulo: M. Limonadi, 1969.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial** - 14 Ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil e alterações da LSA, e ampl. com estudo sobre o comércio eletrônico. - São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNÁNDEZ, Ramón García; PESSALI, Huáscar Fialho. **Teoria dos Custos de Transação e Abordagens Evolucionistas: Análise e Perspectivas de um Programa de Pesquisa Pluralista.** *in*: Revista de Economia Política, vol. 21, nº 2 (82), abril/junho de 2001.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste.** 2. Ed., 2. tir, rev. e atual. – São Paulo: RT, 2005.

FOSS, Nicolai J.; LANDO, Henrik; THOMSEN, Steen. **The Theory of the Firm.** Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/5610book.pdf>. Acesso em 09/03/2010.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de Economia Política.** 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações.** 2 Ed. aument. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo, 2005. Ed. Malheiros.

GROSSI, Paolo. **Mitologia jurídica de la modernidad**. Trotta, Madrid, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos: Grupos de Contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Daniel Carneiro. *O novo Código Civil brasileiro e a teoria da empresa*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2901>. Acesso em 09/03/2010.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2005.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINO, Francisco Paula De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **A nova Crise do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

NEVES, Marcelo. **Da autopoiese à alopoiese do direito**. *in*: Anuário de Mestrado em Direito. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1992.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PESSALI, Huáscar Fialho. **Teoria dos custos de transação: uma avaliação à luz de diferentes correntes do pensamento econômico**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Mestrado em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro. 2ª Ed. Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCULLEY, John. **Odisséia: da Pepsi à Apple, uma viagem da aventura, das idéias e do futuro.** Tradução de José E. A. do Prado. São Paulo: Best Seller, 1988.

SILVA, Clóvis Couto e. **A obrigação como processo.** Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto e. **O conceito de empresa no direito brasileiro.** *in:* Revista dos Tribunais, vol. 613. Novembro de 1986, ano 75.

SZTAJN, Rachel. *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro.* Disponível em <http://www.unifor.br/notitia/file/1654.pdf>. Acesso em 09/03/2010.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Editora Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre Direito Civil.** Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VINEY, Geneviève. **As tendências atuais do Direito da Responsabilidade Civil.** *in:* TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Editora Atlas, 2008.