

OS CONTRATOS EMPRESARIAIS NO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL

1. INTRODUÇÃO

Objetiva a presente exposição traçar o panorama geral do direito dos contratos empresariais, no Projeto de Código Comercial hoje em discussão no Brasil (Projeto) ⁽¹⁾. Por contrato empresarial entende-se aquele em que as duas partes são empresários. Por exemplo: fornecimento de insumos, aquisição de tecnologia, licenciamento de marca ou de patente de invenção, distribuição, agência (que, no Brasil, chama-se *representação comercial*), logística, transporte de cargas, financiamento bancário de atividades econômicas etc.

Nem todo contrato celebrado por empresário é empresarial. No cotidiano da exploração de sua atividade econômica, ele negocia e assina contratos classificados em regimes diversos. O empresário, ao empregar mão-de-obra, realiza contratos de trabalho. Se for varejista, ao vender seus produtos ou prestar serviços ao mercado, vincula-se a contratos sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. Se for adquirir terreno não edificado para construir seu estabelecimento, firma um contrato civil. Quando realiza obras, vende mercadoria ou serviços ao Estado, contrai contrato administrativo. Somente se a outra parte com quem o empresário estabelece vínculo contratual for também empresário, e o objeto da avença disser respeito à exploração da atividade empresarial, o contrato estará sujeito ao direito comercial.

O Projeto possui um dispositivo específico excluindo sua incidência nos contratos de trabalho e de consumo ⁽²⁾.

A exposição está segmentada em três partes. Na primeira, historia-se a trajetória do direito positivo, que culminou, em 2003, com a unificação

⁽¹⁾ Projeto n. 1.572/11 (Câmara dos Deputados) e Projeto 487/13 (Senado).

⁽²⁾ PL 1.572/11, art. 652; PL 487/13, art. 1082.

legislativa do direito privado, sob o pressuposto da inexistência de diferenças essenciais entre as obrigações civis e comerciais. A segunda parte da exposição discute a pertinência deste pressuposto, mostrando que os contratos empresariais possuem características próprias, entre as quais avulta a da externalidade. Por fim, na terceira parte, apresenta-se breve conclusão, com os desafios que enfrenta o direito comercial brasileiro, no tocante aos contratos empresariais.

2. UNIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Durante o segundo Império, quando reinava Dom Pedro II, um jurista de grandes méritos chamado Teixeira de Freitas foi contratado pelo governo para preparar o anteprojeto de Código Civil. O prazo de seu contrato era inicialmente de três anos, findos os quais foi prorrogado por igual período.

Teixeira de Freitas apresentou, então, ao governo que o contratara um projeto monumental, com cerca de 5.000 artigos. Neste anteprojeto, o único trabalho desta natureza inteiramente concluído pelo genial jurista, a atividade comercial continuaria disciplinada por um Código próprio. Aliás, ao tempo em que ele se desincumbira da tarefa para a qual havia sido contratado (1866), já vigorava no direito brasileiro o Código Comercial, editado pelo mesmo Dom Pedro II em 1850.

Teixeira de Freitas chamou seu anteprojeto de *esboço*, porque considerava imperfeitamente concluído o trabalho. Dizia-se convencido de que a tradicional divisão do direito privado, em Código Civil e Código Comercial, não correspondia à melhor sistemática de sua estruturação legislativa. Junto com o *esboço*, submeteu ao governo imperial uma proposta negocial destinada a continuar seu contrato, por mais algum tempo; visando, agora, a elaboração de anteprojeto de dois Códigos. Considerava, então, pertinente, certa estruturação das leis de direito privado de um modo muito particular, que não se encontra em nenhum país, mesmo agora, transcorrido século e meio. Para ele, deveriam conviver, de um lado, um *Código Geral de Direito Privado*, com preceitos de natureza quase que estritamente conceitual, e, de outro, um *Código Civil*, no qual estariam abrigadas também as normas de direito comercial⁽³⁾.

⁽³⁾ Levi Carneiro, *Estudo crítico-biográfico* em "Esboço de Código Civil por A. Teixeira de Freitas". Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro, 1952, pgs. VII a XXXVI.

Os defensores da solução unificadora, no Brasil, costumam invocar as lições de Teixeira de Freitas, considerando-as enfaticamente como pioneiras em todo o mundo. Mas, na verdade, estas lições não existem. O que existe é apenas uma proposta de trabalho — aliás, não aceita pelo governo imperial —, em que uma única frase postula, sem maiores digressões, a impertinência da codificação em separado da matéria comercial. Em suma, Teixeira de Freitas, malgrado sua reconhecida genialidade e originalidade, não chegou a formular propriamente nenhuma *teoria* da unificação. Talvez chegasse a ela, caso tivesse entusiasmado o governo de Sua Majestade com a perspectiva inovadora que lhe ocorrera. Faleceu alguns anos depois, acometido de grave distúrbio mental.

Outras iniciativas igualmente infrutíferas buscaram promover a unificação legislativa do direito privado, no transcorrer do século XX. Em 1912, Inglês de Souza, contratado pelo governo da República, apresenta anteprojeto de Código Comercial, do qual se aproveitou apenas a seção relativa à sociedade limitada, para edição de um decreto específico, em 1919, que introduziu entre nós este tipo societário. Na oportunidade, apresentou, também, a alternativa de um código único de direito privado. Em 1941 e em 1965, também em atendimento a solicitação governamental, são elaborados anteprojetos de Código das Obrigações, reunindo as de natureza civil e comercial. Todas estas iniciativas, registre-se, resultaram infrutíferas. E nenhuma delas, ademais, veio acompanhada de uma consistente *teoria da unificação*.

Em 1975, Miguel Reale encaminha ao governo federal o anteprojeto de Código Civil, em que um dos livros disciplinava a *atividade negocial*. Durante o processo legislativo, este livro teve a denominação alterada para *direito de empresa*. Após tramitar por um quarto de século, o anteprojeto foi convertido no atual Código Civil em 2002, entrando em vigor no ano seguinte. Na justificativa da unificação legislativa, faz-se referência à trajetória das tentativas empreendidas, a começar pela de Teixeira de Freitas, procurando assentar a ideia de que seria da tradição do direito brasileiro a tese da unificação.

A justificativa falha exatamente por não apontar a indispensável elaboração teórica, ampla e consistente, que, fundamentando a noção de igualdade essencial das obrigações civis e comerciais, configurasse a alegada tradição brasileira na abordagem do tema.

A teoria da unificação, no entanto, mesmo que tivesse sido construída por Teixeira de Freitas e demais projetistas, certamente hoje seria passível de questionamento. Afinal, a sociedade e a economia brasileira mudou

muito, principalmente nos últimos dez anos, e o que valia no passado pode não valer hoje, em vista de tão radicais mudanças.

Com ênfase, nos últimos dez anos, consolidando seu processo de inserção na economia global, o Brasil se reposicionou. Foi o último país de atuação global a entrar na crise deflagrada em 2008 e o primeiro a sair dela. Entre as economias emergentes, tem-se revelado importante polo de atração de investimentos. Será o primeiro país a sediar, no interregno de dois anos, as duas mais importantes competições esportivas internacionais: a Copa do Mundo de Futebol em 2014 e as Olimpíadas em 2016.

Ademais, na identificação da melhor forma de estruturação legislativa do direito privado, não se pode ignorar o extraordinário aumento de complexidade nas relações econômicas e sociais. O Brasil de hoje é país urbano e industrializado, com presença marcante no agronegócio. Quando vivia Teixeira de Freitas, a maioria dos brasileiros morava e trabalhava nos campos e a base da economia era a agricultura, ciclicamente concentrada em produtos específicos como a borracha, a cana-de-açúcar e, logo mais, o café. Éramos uma monarquia imperial hereditária; somos, hoje, uma sólida república em que viceja a democracia. Precisamos evidentemente de modelos jurídicos adequados à realidade do momento.

3. ESPECIFICIDADES DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Se a identidade essencial das obrigações civis e comerciais era afirmação sustentável em 1866 e em 1975, ou mesmo em 2002, ela não parece mais corresponder à realidade brasileira, após as profundas mudanças por que passou a nossa economia nos últimos dez anos.

Três aspectos desta realidade podem ser destacados na demonstração de que não mais subsistem as razões que, no passado, longínquo e recente, fizeram os juristas e legisladores se inclinarem pela solução unificadora.

O primeiro diz respeito à superação das fronteiras nacionais, no bojo do processo de globalização, no trânsito dos investimentos. Hoje, o empresário de qualquer nacionalidade tem o mundo todo para investir. O brasileiro pode investir em qualquer país, assim como o português, o canadense, o chinês etc. podem investir no Brasil ou em outro lugar do globo. Quer dizer, as economias nacionais *competem* pelos investidores globais. O Brasil compete com os demais países na atração de investimento. Um dos instrumentos mais importantes desta competição é certamente a regulação jurídica da atividade econômica. O direito comercial, ao lado das regras

de tributação da atividade empresarial e das normas relativas ao direito do trabalho (exceto as dos trabalhadores domésticos), proteção do meio ambiente e defesa do consumidor, formam o que, durante certo tempo, chamou-se no Brasil de *marco regulatório*.

E, aqui, a referência ao marco regulatório como meio de atração de investimentos não se esgota no exame das normas positivadas. A decisão de empresários e investidores reclama avaliação mais completa e complexa, voltada a identificar a presença do que os advogados globais conhecem como *rule of law*. Com esta expressão — literalmente intraduzível para o português — procura-se mensurar o respeito às “regras do jogo”. Os conceitos mais próximos de que dispomos, no Brasil, são os de segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

Rule of law é conceito surgido ao tempo da descolonização seguinte à Segunda Guerra Mundial, como medida do processo de estruturação dos novos Estados em torno de conceitos próprios da democracia europeia. Associou-se, de início, fortemente à questão econômica e comercial, e tem sido ultimamente empregado no contexto da afirmação e expansão dos direitos humanos.

A segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais é elemento imprescindível na ponderação de fatores feita pelos empresários e investidores, quando escolhem o local para o investimento. Questão de fundamental relevância a acentuar, nesta passagem da exposição, diz respeito à repercussão da avaliação negativa do *rule of law* em determinado país (ou “jurisdição”, como preferem os advogados globais). De um lado, a constatação de níveis inferiores de segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais *afastam* alguns investidores. Com isto perde o país, para o concorrente com maior *rule of law*, a oportunidade de acolher nova atividade econômica, que gere mais postos de trabalho e riqueza. Mas este não é o efeito mais perverso. Pior do que a perda de investimentos, deficiências do marco regulatório podem implicar uma *modulação* deles não inteiramente benéfica à economia e aos consumidores.

Refiro-me, especificamente, ao fato de que, ao investir em países de precário *rule of law*, o investidor é obrigado a adotar decisões menos conservadoras e praticar taxas de riscos mais elevadas, na precificação de suas mercadorias e serviços oferecidos ao mercado. Neste cenário, os empresários nada mais fazem do que respeitarem uma antiquíssima regra econômica, cujas raízes acredito remontarem ao comércio fenício. Falo da equação de direta proporcionalidade entre risco assumido e retorno. Quanto maior o risco de determinada empreitada, maior deve ser o lucro. Esta

equação é um desdobramento da conhecida lei da oferta e procura. Empreendimentos de baixo risco despertam o interesse de maior contingente de pessoas. Os que a eles se lançam, assim, devem se contentar com retornos mais baixos, porque enfrentarão certamente maior competição. Já os empreendimentos de risco elevado atraem a atenção de quantidade menor de pessoas. Ao explorá-los, o empresário pode ter a expectativa de retornos expressivos, já que enfrentará pouca ou nenhuma concorrência.

Pois bem. *Rule of law* precário é fator de aumento do risco. Onde há insegurança jurídica e grau demasiado alto de imprevisibilidade de decisões judiciais, é maior o risco que envolve os investimentos. Os empresários e investidores que se interessarem por investir nestes lugares certamente adotarão a postura empresarial mais arrojada na busca por maiores retornos. Ora, o retorno maior ao investimento só poderá ser realizado mediante o aumento de preços dos produtos ou serviços oferecidos ao mercado pelos empresários. Quem suporta, assim, as consequências da insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais, no campo do direito comercial, não são, em última análise, os empresários, mas sim os consumidores. Na verdade, enquanto é fator isolado, que afeta poucos empresários, poupando a maioria dos concorrentes, a competição econômica impõe dificuldade ao imediato repasse aos preços dos produtos e serviços de taxas de riscos (associados à precariedade do *rule of law*). Mas quando a insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais preocupa a todos os empresários, o repasse não encontra obstáculos na competição econômica. Estando todos os concorrentes expostos ao mesmo risco, os preços tendem a embutir iguais *spreads*.

Para redução do risco associado à precariedade do *rule of law*, o Estado deve ser menos interventivo nas relações entre os particulares e assegurar a plena efetividade aos contratos por eles celebrados. Esta atitude não-intervencionista, contudo, embora faça pleno sentido nos negócios empresariais, não se justifica, em igual medida, nos demais contratos. No campo dos direitos civil, do consumidor, trabalhista e administrativo, ao contrário, o Estado deve ter maior ingerência para garantir os direitos das partes mais fracas, revendo cláusulas ou mesmo invalidando negócios.

O segundo aspecto a considerar, na identificação das especificidades do contrato empresarial, está relacionado ao que os economistas chamam de *externalidade*. Alterações no contrato empresarial repercutem para além da esfera de interesses dos contratantes, projetando consequências, em geral sentidas como negativas, nos de pessoas que não participam da relação comercial judicialmente modificada. A externalidade é característica

presente também em outros contratos do empresário, como os celebrados com trabalhadores e consumidores. Mas não se encontra nos contratos civis.

Se o Poder Judiciário revê cláusula de contrato de locação residencial (que é tipicamente de direito civil), afastando, por exemplo, determinado critério de correção anual do valor dos aluguéis que havia sido contratado entre locador e locatário. Digamos que afaste por entender que a atualização do valor do aluguel por este critério seria altamente prejudicial ao locatário. Pois bem. Os efeitos da revisão não ultrapassam os limites da relação contratual. O locador receberá aluguel em valor menor ao que esperava e nada mais. Já a revisão judicial de cláusulas de contrato marcado pela externalidade, como é, entre outros, o empresarial, tem implicações bem mais abrangentes. De início, os efeitos da revisão em favor de um dos empresários contratantes vão afetar os interesses do outro empresário. Até aqui, não há diferença entre o contrato empresarial e o civil. Mas o empresário que suportou as consequências da revisão judicial, perdendo receita ou passando a obrigar-se por mais, repassará, assim que o permitir as condições de competição, ao preço de seus produtos e serviços a taxa de risco associado à eventualidade da intervenção judicial.

Imagine que o banco tenha estruturado uma linha de financiamento aos empresários, em que fixou juros reduzidos em função da outorga de garantia real pelos financiados. O acesso a financiamento a menor custo possibilita o empresário vender seus produtos ou serviços a preços proporcionalmente menores, circunstância que irá beneficiar, no final da cadeia econômica, os consumidores. Pois bem, se o Judiciário acabar, por qualquer razão, relativizando a garantia real concedida por um dos empresários financiados nesta linha de crédito, o banco terá que rever seus números para aumentar os juros, nas operações subsequentes, embutindo a taxa de risco associado a esta intervenção judicial nos contratos empresariais. A partir de então, os empresários financiados não desfrutarão mais do mesmo benefício, que dependia do reconhecimento, pela Justiça, da eficácia da garantia real concedida. Isto impactará a precificação dos produtos e serviços, suprimindo, no final, também o benefício que tinham os consumidores, na forma de barateamento dos preços. É a externalidade, insita aos contratos empresariais, transferindo a não contratantes as consequências da revisão judicial de suas cláusulas.

Como se vê, com facilidade, a partir destes dois aspectos da contemporânea realidade econômica e social — a competição pelos investimentos na economia globalizada e a externalidade —, considerar a questão da

unificação do direito privado a partir exclusivamente de intuições de juristas que viveram em contextos históricos radicalmente diferentes beira à irresponsabilidade.

O terceiro aspecto a considerar está relacionado com a competição empresarial. Começaria por apontar que a Constituição Federal brasileira menciona, entre os princípios da organização econômica, a da livre concorrência. Considera-se, ademais, que este princípio tem como objetivo tutelar **interesses dos consumidores** por produtos mais baratos e de maior qualidade. A competição empresarial assenta-se numa **equação básica**: os empresários que acertam devem ser premiados com o lucro e os que erram, punidos com a perda e, se necessário, com a falência.

Quando a lei contempla dispositivos que **poupam** o empresário das consequências de seu erro, isto distorce a equação básica da competição em prejuízo, no final, dos interesses dos consumidores.

Hoje, no Código Civil, vigora o art. 473, parágrafo único: “Se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Esta regra distorce a equação básica da competição empresarial, porque o empresário deve, ao contratar, verificar se o prazo contratado atende ao seu interesse em recuperar o investimento feito e ter lucros. Não pode o juiz decidir quanto tempo mais o contrato deve vigorar para a recuperação dos investimentos feitos. O Projeto de Código Comercial prevê que este dispositivo não se aplica aos contratos empresariais.

O Código Civil estabelece, também, que a lesão por inexperiência dá ensejo à nulidade do negócio jurídico (art. 157). Ora, o empresário não pode alegar desconhecer o objeto que está contratando. O Projeto de Código Comercial dispõe que a lesão por inexperiência não dá ensejo à nulidade do negócio jurídico empresarial.

Nestes dois exemplos, a lei está “tirando” um pouco do prêmio do empresário que acertou para atenuar a perda do empresário que errou, distorcendo a equação básica da competição empresarial.

4. CONCLUSÃO

A unificação foi um erro; é necessário corrigi-lo o quanto antes. Digo “erro” apenas porque os legisladores, em 2002, infelizmente não anteviram, talvez porque não tivessem mesmo condições para tanto, a extraordinária

mudança que a economia brasileira experimentaria na década seguinte. Trata-se de erro que apenas a perspectiva do tempo revelou. Não houve incompetência, precipitação ou dolo, mas simples prisão às circunstâncias do momento. Em 2002, houve erro plenamente escusável.

Malgrado, todavia, a natureza escusável do erro, fato é que a unificação não se mostra mais, transcorrida uma década, adequada à disciplina da dinâmica economia brasileira dos últimos anos. Igual desculpa, por isso, não podem invocar os responsáveis pelo direito comercial da atualidade. Agora, o cenário está já suficientemente delineado, de modo que persistir no erro, mantendo a unificação legislativa do direito privado, será indesculpável.

Três, portanto, são os eixos principais do Projeto de Código Comercial relativamente aos contratos empresariais: (a) corrigir o erro da unificação legislativa; (b) reduzir a insegurança jurídica, garantindo maior força ao contratado e restringindo as hipóteses de revisão judicial dos contratos; (c) contribuir para a regularidade da competição empresarial e fortalecimento do empresariado nacional.

FÁBIO ULHOA COELHO

*Professor Titular de Direito Comercial da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*