ATUALIDADE DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS *

WALDÍRIO BULGARELLI

"Se dice che il contratto, al pari di Dio, sia morto. E lo è veramente" (Grant Gilmore, *La Morte del Contratto* **).

Poderia parecer redundante e ocioso escrever sobre os contratos, hoje, com a extraordinária evolução que sofreram, após a Revolução Industrial, do que redundou uma copiosa bibliografia quase assustadora,[1] mas é justamente o aspecto da sua constante renovação que obriga o operador do Direito a voltar-se para eles. Como uma das fontes mais suculentas das obrigações, imprensados entre a *"praxis"* e as leis cada vez mais casuísticas e imperativas, os contratos, como instrumento técnico posto à disposição das partes para auto-regularem seus interesses, vão se mantendo, principalmente através de modificações nos antigos tipos e da criação de novos. Sobre tal aspecto cabe razão a Carbonnier que ao lado da família e da propriedade os coloca como um dos "pilares do direito".[2] É inegável que resistem, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar à pressão do contratante mais forte e das normas delimitadoras impostas pelo Estado.

Certamente (e aqui parece estar um dos equívocos básicos que levaram a afirmações aparentemente pessimistas, como "a crise do contrato" "o declínio do contrato" e outras do mesmo teor) pensou-se a certa altura do desenvolvimento, após a Revolução Francesa, vencidos os velhos dogmas, através do reconhecimento, na época, de novas realidades sociais que a Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos estava definitivamente concebida e acabada, sobretudo, pela tecnicalidade trazida pela pandectística alemã, o que levaria Carbonnier a mencioná-la como "a geometria euclidiana das obrigações". Estava-se, pois, em pleno reinado do contrato, aventando-se que ocorreria a passagem predicada pela Lei de Maines[3] do estatuto para o contrato, portanto, em pleno esplendor de uma sociedade contratual.

Entretanto, as novas realidades trazidas à tona pelos chamados reformadores sociais do Direito, como Duguit, Josserand, Salleiles e outros, é a constância da intervenção estatal e ainda o aparecimento de novas figuras contratuais, e a evolução *interna* e *externa* dos tipos, gerando uma pormenorizada regulação dos contratos, abalando a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, logo demonstraram que se aquela convicção de fato existiu, esfumaçara-se, o que explica certas perplexidades com as conseqüentes exclamações de "crise" "declínio" "éclatement" dos contratos.

* Escrito especialmente para a obra em homenagem a Roger de Carvalho Mange, promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo.

** Tradução italiana da obra: *"The Death of Contract"*, Milão, 1988.

O surgimento dos contratos regulamentados, a obrigatoriedade de contratar, a generalização e internacionalização dos contratos acrescidos da sua uniformização, os abalos conseqüentes na autonomia contratual e da vontade, e o reconhecimento do poder dos mais fortes (os empresários) de impor suas cláusulas aos mais fracos (empresários menores e consumidores), constituem em síntese os fatores mais evidentes que levaram os autores a meditar sobre o novo quadro contratual, chegando-se a imaginar se não se havia passado da fase do contrato para a instituição.

Não é despiciendo lembrar a respeito, que afinal a teoria geral dos contratos como foi sendo aceita e mais tarde incorporada aos Códigos oitocentistas, trazia além de alguns ranços decorrentes da intenção de uma espécie de libertação do sistema feudal, também um caráter nitidamente individualista, e por isso mesmo desconhecedora das novas realidades sociais que já se introduziam, como uma cunha modernista, na vida socio-econômica, através das empresas surgidas pelo advento da Revolução Industrial.

E é justamente esse novo instrumento da produção, circulação das riquezas, de forma organizada, visando à massificação do consumo que já estava acarretando profundas modificações na economia e na sociedade que certamente teria de se refletir no Direito. Portanto, uma nova sociedade totalmente diversa daquela do Século anterior (inclusive referida pela literatura, com Balzac e outros e que como diria Ascarelli desconhecia a energia elétrica e outros inventos) e que no plano jurídico geraria uma verdadeira "ruptura" (como anotou o mesmo Ascarelli) entre as novas categorias e as categorias jurídicas renovadas e aquelas herdadas da tradição romanista.

É então que a par de novas formas de produzir, transportar e vender produtos uniformizados em massa, que se constata o aparecimento de novas fórmulas negociais e organizacionais, utilizando-se dos institutos existentes, como as sociedades comerciais (principalmente, as anônimas), os títulos de crédito e os contratos, e nele introduzindo modificações relevantes não só na sua estrutura e na sua função (como por exemplo, nas companhias e nos títulos de crédito), como na sua interpretação. Nesse sentido é que se vê (o que dura até hoje) uma constante reforma na legislação das companhias [4] o que já foi chamado de movimento de "reforma das reformas", e na lei dos títulos de crédito (a partir da visão alemã do Século passado), com a sua uniformização internacional (com as leis de Genebra) e, entre nós, por exemplo, com a criação de inúmeros títulos de crédito tais como os chamados *contratos-títulos*, ou seja, as cédulas de crédito rural, industrial, comercial e de exportação. [5]

Com os contratos não foi diferente, apesar das nuanças que envolveram a sua evolução até os dias de hoje. Em decorrência dos reclamos sociais, as alterações começaram a se processar na área do Direito do Trabalho, primeiro, com a Lei sobre Acidentes do Trabalho, como ocorreu na França, ainda em fins do Século passado (que a ver de alguns teria introduzido a responsabilidade objetiva ou por risco) e a seguir com as conversões, contratos coletivos de trabalho que inclusive rompiam com um dos dogmas contratuais caros até então de que o contrato só fazia lei entre as partes não alcançando terceiros. Nessa linha de intervenção estatal assiste-se em seguida, com o surgimento do Direito Tributário, as inúmeras normas específicas, ramo do Direito a que Ripert

depois de considerá-lo novo, chegou a afirmar que ele tinha razões que só ele conhecia.

Certamente que essa pressão legislativa havia de abrir os olhos dos mais entranhados defensores da ordem dita liberal, e certamente, o seu protesto, entendendo rompida a tradicional teoria geral dos contratos e seu "éclatement",[6] afirmando (com o que nos parece um certo ar de nostalgia):

"Elle était si belle et si simple, la notion de *contrat* dans le Code Civil.

L'article 1.134 lui rendait hommage en disant que-les conventions légalement formées font la *loi* des parties; et le mot *loi* avait alors une majesté, une grandeur, une puissance, dont nous avons aujourd'hui perdu la notion. En disant que les conventions font *la loi* des parties, le Code magnifiait donc, ao plus haut point, la liberté de l'homme *créatice du Droit*. Du même coup, il marquait deux corollaires de cette liberté; la *responsabilité* de l'homme qui, faisant sa loi, engageait sa foi, en même temps que celle de l'autre partie, et *l'égalité humaine*, car, dans le contrat, les deux parties étaient sur le même rang, chacune y concourant avec sa liberté d'homme. C'est dans cette double et égale liberté que s'engendrait la loi du contrat. Sans doute, il y avait dés lors à cette liberté, quelques réserves, formant la notion d'*ordre public*. Mais l'ordre public de cette époque ne faisait guére que garantir et sauvegarder la liberté. Il intervenait pour protéger les incapables, pour remédier aux vices de consentement, pour empécher, par exemple, que l'homme engageât ses services à vie (art. 1.780).

L'ordre public était lui-même alors au service de la liberté. Sauf à tenir compte de deux institutions sociales, la famile et l'État, il ne la limitait que por la servir. Malgré l'exagération d'une certaine mystique, c'était certainement une grande chose que cet épanouissement de la liberté de tout homme, dans le Code Civil. Et pourtant, de cette conception, il reste aujourd'hui si peu! La liberté civile, celle du particulier, a vécu alors son apogée; elle est aujourd'hui en déclin, presque en débâcle, en France et même, quoique peut-être un peu moins, dans le pays voisins. Les débris en jonchent le sol. Et cette ruine s'est consommée en très peu de temps. On est surpris de constater quer vers les années 1900, le maître le plus écouté, peut-être, de la philosophie officielle d'alors, Fouillée, écrivaiat dans son ouvrage sur *la Science sociale*: 'Historiquement il est incontestable que le régime contractual tend à dominer de plus en plus, les Sociétés modernes'. Telle est la candeur des philosophes quand ils se hasardent à prophétiser! Fouillée écrivait précisément cela, au moment même où l'édifice contractuel, déjà profondément miné, commençait à manifester ses lézardes. Peu de regards, pourtant, les apercevaient. Et il ne pouvait guère leur être donné de mesurer l'ampleur, les promesses et les périls de la Révolution en route. En 1912, une thèse de doctorat de l'Université de Dijon, présentée par Gounot, dénonçait il est vrai, avec éclat, la mystique de l'*autonomie de la volonté*; elle se refusait à voir dans le volonté libre des particuliers, le principe créateur initial du droit par le contrat; mais, tout en reniant cette mystique, elle voyait, du moins, dans la liberté contractuelle, le meilleur instrument de la crátion du droit. Or, cette qualité de meilleur instrument du droit, cest-à-dire, de la recherche du bien comun, que le droit nouveau tend à refuser, aujourd'hui, à la liberté des contractants.

Josserand a fait lumineusement apparaître que l'évolution des contrats dégénérait en révolution, dès sa chronique de 1933, sur le contrat dirigé. Il a suivi et marqué ensuite, à travers de nombreux travaux, les signes de cette révolution. Ripert, dans un esprit bien différent, a presque en même temps, appliqué au même phénomène, l'observation aigüe de sa critique juridique. Il a dénonce l'affaiblissement du droit contractuel par la systématiquepitié accordée aux faibles, dont le régime démocratique fait, en réalité, dans l'État de nouveau forts. Sa chronique au Dalloz sur: *Le droit de ne pas payer ses dettes* amorce une satire profonde de l'évolution de notre droit actual. Son livre sur *Le régime démocratique et le Code Civil* établit toute une fresque du droit de classe, en voie de démolir le contrat".

Esta transcrição do relato de Savatier — conquanto embora um tanto longa — serve bem para mostrar o estado de espírito dos juristas ao despertar para as novas realidades, que afrontaram a velha formação contratual ditada pelo *Code*.

O fator fenomenológico causador dessas mudanças, as empresas e seu poder, ficou ensombreada por essa visão saudosa, tanto que Champeau e Paillusseau o considerariam o período de *ignorância* da empresa [7] que seria seguido pelo período da *descoberta* vários anos depois e por influência do Direito Trabalhista e do Direito Fiscal.

Pouco importa assim que não se tivesse conhecido e firmado o conceito jurídico de empresa (aliás, até hoje, motivo de controvérsias), pois que ela já invadira o cenário jurídico através de várias cunhas (contratos, títulos e organizações) sendo impossível continuar a desconsiderá-la, como ainda hoje ocorre em algumas visões do tema.

Ora, existente a empresa e seu poder (dele diria Roussel ser comparável à da Igreja e das Corporações e muitos o consideram um verdadeiro poder normativo pela possibilidade de impor suas cláusulas às mais fracas e aos consumidores), as velhas teorias e concepções teriam de dar lugar às novas combinações e ajustes na ordem econômica com reflexos na sociedade, e sobretudo assiste-se a intervenção estatal, através de copiosa legislação ora para frear os seus excessos ora (em maior escala, diga-se) para apoiá-la.

Essa intervenção estatal intensa no mundo da economia privada sem dúvida que está por trás de grande número de perplexidades sobretudo quando comparadas à languidez do sistema dos Códigos, como aliás o viu Savatier na longa transcrição que fizemos.

Uma primeira realidade se impõe; a de que os contratos tratados nos Códigos, simplesmente, sem maiores detalhamentos e através sobretudo de normas dispositivas ou supletivas, tornaram-se, sob a pressão das empresas, complexos, e dos mais variados, como os de concentração de sociedades, de grupos, cadeias, em conjuntos, contratos impostos e dirigidos, os quais pela sua novidade e valor dos interesses em jogo reclamavam uma legislação pormenorizada. Passam, assim, as novas formas contratuais a serem consideradas "mecanismos jurídicos" como acentua Ripert [8] ou maquinismos jurídicos como assinala Ascarelli.

Ainda, recentemente, Paillusseau nos fala dos planejamentos necessários a certos negócios demonstrando a sua complexidade. O seu depoimento é incisivo para bem se entender a situação dos negócios empresariais, a que chama de "contrats d'affaires"; [9] relatando o passado, afirma: "En esa época, la empresa estaba concentrada principalmente en su función de pro-

ducción y se remetía más o menos a los intermediarios para vender sus productos. Era la época de los mayoristas, corredores, comisionistas, concesionarios, agentes de comércio. Los contratos que ligaban a la empresa con sus intermediarios eran bien conocidos. La estabilidad económica relativa de estos modos de distribución no provocaba ninguna revolución dentro de la naturaleza y arreglos de los contratos. Su evolución se debía, sobre todo, a la toma en consideración de los factores sociales. Este tipo de relaciones de negocios no han desaparecido en su totalidad; subsisten en algunos sectores de la atividad. Pero en muchos otros dominios, los modos de distribución de sus productos por la empresa han sido completamente transformados. Esta revolución se debe a varios factores: el advenimiento del *marketing* y del *merchandising*; el considerable desarrollo de la *communication grand publique* y de los medios de esta comunicación; la aparición y desarrollo del comercio moderno (centrales de compra, supermercados, depósitos, etc.) y, por fin, la voluntad de la empresa de producción de desarrollarse rápidamente y de dominar al máximo la distribución de sus productos, en lo posible hasta el nivel del consumidor. El deseo de expansión rápida y la voluntad de controlar la distribución de los productos, han provocado la aparición de nuevos contratos: franquicia comercial (en todos los dominios de la actividad); gestión de actividad (particularmente para la gestión de los hoteles; una cadena de hoteles se encarga de administrar bajo su enseña y según sus métodos, un hotel que pertenece a inversores inmobiliarios, que há sido construido y arreglado según las instrucciones de estos últimos), etc. El desarrollo del comercio moderno ha originado también la aparición de nuevos contratos, como, por ejemplo, los contratos de *référencement* o los contratos de *stand*. Estes últimos, mucho menos conocidos, abarcan situaciones y modalidades muy variadas y pueden ser, para un productor un medio de establecer una relación privilegiada con un distribuidor; el productor vende sus productos al distribuidor, y éste los revende a los consumidores; el distribuidor es, pues, propietario de los productos desde su compra y sigue siéndolo hasta la revenda al consumidor; pero, como el productor ha pusto a punto una excelente técnica de venta de sus productos (un *savoir-faire* comercial y de administración) y domina bien el *merchandising*, concluye un acuerdo con el distribuidor con el objeto de la instalación de un *stand* de venta en los locales de este último (generalmente supermercados); este *stand*, que pertenece al productor, es administrado por su personal; las compras efectuadas por los consumidores originan el otorgamiento de un *ticket*, y el pago de las mercaderías se hace en la caja del negocio (el producto de la venta es, pues, a beneficio del distribuidor); aqui el productor interviene simplemente como un prestatario de servicíos. En este caso, no se trata más que de un tipo de contrato de *stand*, pero existe una variedad infinita correspondiente a situaciones muy diversas. Algunos son conocidos también bajo el nombre de "Rack-Jobbing". Estes novos contratos aparecen em todos los sectores de la empresa. En el dominio de la concentración de empresas, se trata del contrato de cesión de control; en el dominio de la cooperación permanente o esporádica entre empresas industriales o comerciales, son los *montages* de los centros comerciales, los de *joint-ventures* de las centrales y de las

supercentrales de compra, de las filiales comunes, de los grupos de interés económico (GIE), de los acuerdos momentáneos de empresas, de las sociedades en participación, de los mercados y de los fondos comunes etc. o incluso los contractos concluídos con los adherentes en las cooperativas, etc. Quando se trata de la actividad de la empresa, son, por ejemplo, los contratos de venta de conjuntos industriales llave en mano, los contratos de "gestión" de actividades, los contratos de *management*, etc. Para el financiamento está los contratos de *crédit-bail (leasing)* mobiliarios o inmobiliarios, los *factoring*, los contratos de cesión o de prenda de créditos comerciales, etc. Son, también, los contratos de *sponsoring* (fiança), toda la variedad de los contratos en materia de informática; todos los que tiénen por objeto los derechos de propiedad industrial, etc.." Observa ainda com acuidade, que: "la complejidad de las situaciones y de relaciones económicas y financieras no es más la única razón de la complejidad de los contratos de negocios; ésta resulta también de la existencia de exigencias jurídicas extrañas al propio acuerdo contractual de la situación o de la relación. Asi, por no citar más que unas, las consideraciones fiscales, en numerosos casos, van a marcar fuertemente con su impronta los contratos de negocios; puede suceder, incluso, que éstas tengan efectos desmesurados: tal sistema se preferirá a tal otro, sin embargo, más simples, porque sus consecuencias fiscales son más favorables. Todos estos factores contribuyen a la puesta a punto de contratos, de *montages* bastante complejos, combinando el derecho de las obligaciones (de manera amplia); los mecanismos del derecho civil y del derecho comercial, el derecho de bienes y el derecho de estructuras (sociedades, grupos de interés económico, associaciones). Hay alli lo que podría denominar "alta tecnología jurídica"."

Estes exemplos que se ajustam à visão de Ripert sobre os mecanismos jurídicos, podem ser acrescidos em nosso meio de inúmeros outros, dos quais destacaremos, sem preocupação de ordem, vários tipos que se espalham por toda a realidade econômica.

Assim, os chamados "arrendamento" de postos de gasolina, em que, em geral, as instalações pertencem à distribuidora de petróleo; a incorporação, construção e locação de lojas em "shopping centers"; os variados tipos de "leasing" que sofreram modificações nos tipos, interna e externamente,[10] entre nós, com alteração no conceito (antes só para pessoas jurídicas e hoje também para as pessoas físicas, e no internacional, permitida a não devolução do bem, cf. Lei 7.132, de 26.10.83);[11] no campo da distribuição, a de concessionários de veículos terrestres e a de representação comercial autônoma (cf., Lei 6.729, de 28.11.79 e Lei 4.886, de 9.12.85, respectivamente) e ainda no campo do comércio internacional o crédito documentado ou documentário; no campo societário, as operações de fusão, incorporação e cisão e ainda os consórcios, sendo de anotar o aparecimento dos contratos ditos *parassociais*, entre os quais, surge como o principal o chamado *acordo de acionistas*; e ainda numa faixa intermediária entre a compra e venda e os societários, o contrato de *"underwriting"* previsto na Lei sobre Mercados de Capitais de 1965.

Pode-se observar, assim, sem maior esforço, que esses tipos de contratos (verdadeiros mecanismos jurídicos) distanciam-se em muito não só dos tradicionais contratos civis (sobre os

quais afinal foi construída a tão decantada teoria geral dos contratos) como também dos contratos mercantis da era pré-empresarial.

Destarte, não é de se estranhar que a regulamentação legal derivada de uma orientação intervencionista estatal, tenha exacerbado o número de leis e de leis com inúmeros dispositivos, visando de um lado abarcar toda a complexidade de certas operações, e de outro atentando para a proteção de certos interesses para forçar um equilíbrio das forças em conflito, como ocorreu entre nós, com a lei sobre representantes comerciais autônomos, sobre concessionários de transportes terrestres e ainda agora, para as relações de consumo, chamada por isso de Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90).

Não é de estranhar por isso, a crescente série de leis, que entre nós se chamou de fúria legiferante e na França de *decretomania*.

Veja-se a propósito que recentemente atingimos no plano dos decretos do executivo o n. 200.000, tendo sido pelo Decreto Federal n. 1, iniciada uma nova numeração. A propósito dessa tendência, Manoel Gonçalves Ferreira Filho em estudo de 1968, atestava que: "Crise da Lei? Crise legislativa? A referência a essas crises poderá intrigar o leigo, ou o observador desatento e superficial. Como falar em crise da Lei, em crise legislativa quando são tantas as leis e quando a cada instante novas leis se promulgam em toda parte. A multiplicação das leis é fenômeno universal e inegável. Com segurança pode-se dizer que nunca se fizeram tantas leis em tão pouco tempo. No Brasil, por exemplo, durante todo o Império, foram promulgadas cerca de 3.400 leis. Durante a primeira República, de 1891 a 1930, cerca de 2.500 leis. E de 18.9.46 a 9.4.64, nada menos de 4.300". [12]

Ora, só em leis, veja-se que o seu número subiu para 8.100, hoje, afora os decretos, os decretos-leis, as resoluções, instruções, portarias e Medidas Provisórias.

Mas a questão não se exaure aí, no número de leis; é preciso atentar para a grandiosidade do número de seus dispositivos, o que já levou a serem consideradas *microssistemas normativos*, que alguns até consideram autônomos, pela amplitude pretendida pelo legislador, tentando abranger exaustivamente todos os aspectos da questão regulada. É só conferir o número de artigos de vários desses sistemas normativos, como o da Lei das Companhias brasileiras, com 300 artigos, afora os parágrafos, incisos e alíneas além das referências a outras leis e ainda ao revogado Dec.-lei 2.627/1940. Ainda, agora, o recente Código de Defesa do Consumidor, a que fizemos referência, apresenta-se com 119 artigos, faltando ainda a paciência beneditina que há de inspirar a contagem dos seus parágrafos, incisos e alíneas.

Ora, essa opulência legislativa representada pelo número de leis e leis com grande número de dispositivos, revela quando menos a complexidade das questões reguladas; o exemplo da Lei das Sociedades Anônimas, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de concessão de veículos terrestres, e assim por diante, são característicos, espelhando a realidade do mundo empresarial. Entretanto, observe-se que essas leis apesar do ambicionado, não são completas, e também a sua linguagem deixa muito a desejar. Como já advertia Bobbio a linguagem do legislador nem sempre é rigorosa, correta e completa, competindo ao intérprete essa tarefa. Exemplo dos mais gritantes, pode-se constatar no recente

Código do Consumidor, em que o art. 4.º ao invés de trazer o termo "transparência", utilizou o de "transferência", o que torna sem sentido a parte final do dispositivo, obrigando o intérprete a corrigi-lo na leitura.

Por isso mesmo, as normas empresariais apresentam-se com características próprias, que as diversificam um tanto das normas jurídicas em geral, posto que elaboradas com funções específicas, em que prepondera sobretudo o sentido da operacionalidade, da eficácia. Também suas sanções nem sempre são punitivas ou reparatórias apresentando-se ora, sem sanção, ora com sanções premiais, como, por exemplo, as referentes às exportações e certas atividades empresariais, às quais o Estado concede incentivos.

Perante tal quadro não é de espantar a perplexidade dos que ainda permanecem no âmbito da doutrina clássica civilista,[13] analisando os contratos por esse prisma, lamentando a quebra por assim dizer da teoria antiga da vontade. Temos, aliás, para nós, que, na verdade, a vontade no direito se apresenta como um daqueles temas controversos[14] que acabaram por tomar uma significação específica, perdendo em muito o seu aspecto psicológico, para se transformar em manifestação de interesse; lembremo-nos a propósito, das discussões em torno do conceito e alcance da vontade, a partir da doutrina germânica, com as teorias da "Willenstheorie" e a "Erclarungstheorie"; a posição de Betti mencionando sempre a vontade "com a consciência que a acompanha" e inúmeras outras. Ora, a par das críticas daqueles que souberam ver que entre as chamadas manifestações de vontade, havia as provenientes dos que justamente não tinham vontade (incapazes, sociedades, etc.) surgiram também tipos de contratos em que é difícil identificar uma perfeita manifestação de vontade, como nas relações contratuais fáticas, nos contratos de serviços públicos e nos contratos obrigatórios; o que tudo somado, deixa para o direito, a expressão vontade com significação específica, em que a conotação psicológica se apresenta ora claramente, ora apenas com um caráter de ficção, e que instrumentalmente pode ser entendida como um elemento integrador dos contratos para completar os requisitos tradicionalmente exigidos.

Ora, seria, como é, exagero admitir-se que foi deitada abaixo a autonomia de vontade e a liberdade de contratar, quando na verdade o que se fez, foi desmistificar uma e limitar a outra, com o objetivo de dar operacionalidade a várias fórmulas contratuais e atender a certos requisitos sociais. Veja-se a propósito, o ressurgimento da idéia da *função social do contrato* (como o faz, por exemplo, o nosso Projeto de Código Civil ora em trâmite no Senado Federal, após ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados) (634-B, 1975)[15] e do princípio da *boa fé*, que parecendo adormecido desde a sua inserção no Código Civil francês (art. 1.334) ganhou notável atualidade, nos últimos tempos, o que indica uma superação da tradicional teoria geral dos contratos perante a multiplicidade de formas negociais novas e atuais.

Ora, não é inútil insistir que essas transformações na ordem contratual têm suas raízes mais profundas nos negócios empresariais e que neste campo vêm prevalecendo a imaginação e a ousadia para dar-lhes operacionalidade.

Veja-se, por exemplo, o ocorrido com as sociedades por cotas de responsabilidade limitada em que se introduziu em vários países, como a Ale-

manha e a França, a sociedade unipessoal, (o que em certos casos a nossa Jurisprudência já vinha permitindo), [16] o que levou a um sério abalo conceitual da velha tradição contratual das sociedades que deveriam contar ao menos com dois sócios, tendo mesmo Champeaud em recente Seminário sobre Contratos, na França, apresentado memória com o título "Le contrat de société existe-t-il encore?" [17]

No Brasil, então a nossa velha lei sobre sociedades por cotas não tem sido usada para uma infinidade de ajustes de interesses? Basta ver, recentemente, a utilização pela "holding" Autolatina, dessa forma de sociedade, que externamente o é, mas internamente é uma verdadeira sociedade anônima, tendo segundo alguns sido burlada a obrigação da lei do anonimato de que os conselheiros residam no País, sobre a qual a legislação sobre sociedades por cotas é omissa.

Todos esses ajustamentos de interesses em associações as mais variadas desde as sociedades tradicionais, passando pelos consórcios e chegando as "joint ventures", trouxeram um novo sopro de vida ao vetusto direito societário e intenta-se até novas classificações, como o fez E. H. Richard. [18]

E por outro lado, as transformações nos contratos tradicionais e na criação de novos, já leva ao estudo dos direitos das obrigações como "mecanismos jurídicos das relações econômicas". [19]

E, finalmente, temos o surgimento dos contratos de adesão como a manifestação mais expressiva do poder das empresas, o que criou e vem criando um sem-número de perplexidades e discussões. Certo é, contudo, que se trata de uma realidade impossível de ignorar, em nossos dias, e que levaria os vários ordenamentos jurídicos a procurar regulá-los com a intenção cristalina de pôr freios no poder empresarial, dando proteção ao consumidor. Foi o que finalmente ocorreu, entre nós, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (antecedido de disposição constitucional), em que claramente se responsabiliza a empresa e se defende o consumidor. A copiosa bibliografia a que vem dando ensejo, após o primeiro choque com o rompimento de certos dogmas, verdadeiros tabus para alguns juristas, vai deixando de lado certas colocações da doutrina tradicional e passando a vê-lo, o Código, pelo ângulo da operacionalidade e da carga de justiça social que encerra.

Ora, todos esses fatores demonstram de um lado que o contrato não está morto (embora essa asserção tenha sido feita por Gilmore, perante a "common law" e principalmente em relação à doutrina da "consideration") e de outro responde à questão levantada na abertura do Seminário sobre contratos a que nos referimos, por Loïc Cadiet, nestes termos: "Faut-il encore écrire sur le droit des contrats? Tout n'a-t-il pas d'ores et déjá dit?" [20]

NOTAS

1. O que demonstra que o contrato está cada vez mais vivo, pois do contrário, escrever tanto sobre algo morto, seria uma verdadeira necropsia. Em relação à bibliografia, cf. nosso *Contratos Mercantis*, 6.ª ed., S. Paulo, 1991.

2. Cf., Jean Carbonnier, *Derecho Flexible — Para una Sociología no Rigorosa del Derecho*, trad. esp. da 2.ª ed. francesa, Madri, 1974, a quem recorreremos para a visão sociológica do tema.

3. Concebida por Sir Henry Symner-Maine, na sua obra: *L'ancien Droit*, Paris, 1871.

4. Cf. o meu *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*, Ed. RT, S. Paulo, 1988.

5. Cf. a propósito, o meu *Títulos de Crédito*, 8.ª ed., S. Paulo, 1991.

6. Cf., R. Savatier, *Les Métamorphoses Économiques et Socialies du Droit Civil d' Aujourd'hui*, 2.ª ed., Paris, 1952, p. 19 e ss.

7. Cf. o meu *A Teoria Jurídica da Empresa*, Ed. RT, 1985.

8. Vale a pena, nesta altura, transcrever a posição de Ripert: "L'emploi de ces titres et de ces comptes n'est pas d'ailleurs seulement le recours à un vêtement qui habille l'acte juridique pour reprendre les expressions des glossateurs: c'est l'apparition, dans le droit, du *machinisme*. Il y aurait une étude à faire sur la mécanique juridique. On a dénoncé l'abus des constructions obstraites tentées par les juristes. Les mécanismes juridiques n'ont rien d'abstrait; ce sont les praticiens qui les créent, non les juristes. Quand les affaires deviennent tellement complexes et mettent en présence tant de personnes que le contrat ne peut plus suffire, il faut recourir à un mécanisme plus compliqué qui, mis en marche, fonctionne ensuite sans autre intervention de celui qui l'aura animé. Par exemple, une lettre de change circule et se couvre de signatures sans que le tireur sache ce qu'elle est devenue; un titre de bourse est négocié et change de mains, sans que la société sache qui est actionnaire ou obligataire; une société par actions vit sans que certains porteurs de titres se doutent des opérations que'elle fait et des transformations qu'elle subit. Pourtant toutes ces personnes seront tenues. Le droit civil essaie d'analyser ces opérations; il propose ses vielles formules, parle de mandat, de novation, de délégation, de stipulation pour autrui. Le commerce ne comprend pas ce langage. Il a ses machines plus perfectionnées que les opérations du droit civil et il les fait fonctionner, encore que parfois le fonctionnement, mal reglé, donne des mécomptes. Ce fonctionnement donne au droit un *caractère mécanique* qui n'est pas d'ailleurs sans danger car il ne permet pas de tenir compte de certaines situations individuelles; il faut parfois que le droit civil, qui reste sous-jacent, vienne corriger l'injustice qui résulterait de ce fonctionnement. On trouvera l'illustration de cette idée dans la partie de ce traité consacrée aux opèrations commercialles. Le droit civil n'a presque jamais besoin de ces mécanismes compliqués, car il ne met guère en présence que deux ou trois personnes et le contrat lui suffit. Le droit commercial réunit souvent pour une même opération un grand nombr de personnes; de plus, il soude les rapports juridiques les uns aux autres. Il lui faut donc des mécanismes plu compliqués. On essaie vainement de les faire rentrer dans les catégories du droit civil" (*Traité Élémentaire de Droit Commercial*, at. p/ René Roblot, 7.ª ed., Paris, 1972, pp. 37-38).

9. Cf., J. Paillusseau, "Les Contrats d' Affaires", in *Le Droit Contemporain des Contrats*, Ed. Paris, 1987, trad. para o espanhol, como "Contratos de Negocios", in *Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 125, out./1988, p. 731 e ss.

10. Cf., *Tipicità e Atipicità nei Contratti*, obra coletiva, Milão, 1983; Giorgio de Nova, *Il Tipo Contrattuale*, Pádua, 1974; Giovanni B. Ferri, *Causa e Tipo nella Teoria del Negozio Giuridico*, Milão, 1966.

11. Cf., o meu já citado, *Contratos Mercantis*.

12. Cf., *Do Processo Legislativo*, S. Paulo, 1968, p. 11.

13. Cf., Jean-Christian Serna, *Le Refus de Contracter*, Paris, 1967.

14. Como a personalidade jurídica, por exemplo. Na abertura do Seminário, em 1960, sobre as pessoas jurídicas, afirmava René David: "La théorie des personnes morales et, peut-il sembler, les expressions mêmmes de personne morale et de personnalité morale, datent du XIX siècle. On avait, jusque-lá, vécu sans faire appel à cette notion; subitement, sous l'impulsion de la doctrine allemande principalement elle est passée au premier plan vers le milieu et dans la seconde moitié do XIX siècle, suscitant en tous pays des discussions passionnées; théorie de la fiction et théorie de la réalité des personnes morales s'affrontent à son sujet; una multitude de théories s'élaborent sur le même théme. Il est curieux de constater comment dans le droit, comme en toute outre chose, il existe des modes. Les questions qui ont passionné les juristes d'il y a cinquante ou cent ans paraissent aujourd' hui non pas seulement dépassées, mais bien souvent artificielles; leurs discussions nous semblent vides de substance et stériles, et nous avons peine à compreendre comment de grands esprits — car il s'agit indubitablement de grands esprits — ont pu, en autre temps, se passionner pour elles. Nous trouvons vain aujourd' hui de discuter sur la nature des personnes morales; il nous parait clair comme le jour qu'il n'existe pas à proprement parler de "personnes" morales, ou que celles-ci, si l'on veut s'exprimer autrement, sont essentiellement différentes des individus, personnes phisiques. Sans dout continuons-nous à parler de personnes morales, ou à employer d'autres expressions similaires (personnes juridiques, personnes civiles, personnes fictives, personnes artificielles, personnes qui ne sont pas de personnes phisiques); mais c'est là simplement pour nous une manière commode de nous référer à différentes règles; c'est là, comme

dit le Dr. Drobning, une simple règle de renvoi" *(Verweisungsnorm)*.

15. Cf. a propósito no texto, os arts. 113, 187, 421, 422, 2.063, parágrafo único.

16. Cf., o meu *Sociedades Comerciais (Empresa e Estabelecimento)*, 3.ª ed., S. Paulo, 1991.

17. Cf., *Le Droit Contemporain des Contrats*, coord. de Loïc Cadiet; Paris, 1987, p. 125 e ss.

18. Cf., "Contratos asociativos o de colaboración — Clasificaciones", in *Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, B. Aires, n. 136-138, jul.-dez./1990.

19. Cf., Philippe Malinvaud, *Les Mécanismes Juridiques des Relations Économiques — Droit des Obligations*, 4.ª ed., Paris, 1985.

20. Cf., "Interrogations sur le droit contemporain des contrats", in ob. cit., p. 7.