

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 20

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2017

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS**
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 20 (janeiro/junho 2017)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

Colaboraram neste número

Denyson Sales do Nascimento Rios

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/CE. Membro da Comissão de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/CE. Advogado.

E-mail: denyrios@gmail.com

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

E-mail: ulhoa@ulhoacoelho.com.br

Gabriel de Almeida Barreto

Mestrando pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo (FGV-EDESP). Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Advogado em São Paulo.

E-mail: gab@almeidaebarreto.com.br

Gerson Luiz Carlos Branco

Professor de Direito Empresarial na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogado em Porto Alegre/RS.

E-mail: gerson@gersonbranco.com.br

Marcelo Andrade Féres

Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Associado da UFMG. Procurador Federal (Advocacia Geral da União – AGU).

E-mail: feremarcelo@hotmail.com

Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela UFPR. Professora Adjunta da UFPR.

E-mail: mcakroetz@yahoo.com.br

Matheus Gomes Setti

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

E-mail: gomes.setti@gmail.com

Mauricio Moreira Menezes

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Titular de Direito Comercial da UERJ. Advogado.

E-mail: mauricio@moreiramenezes.com.br

Monica Cossu

Professore associato confermato di Diritto commerciale e di Diritto dei mercati finanziari nel Dipartimento di scienze economiche e aziendali-DiSEA, Università di Sassari.

E-mail: mccossu@uniss.it

Uinie Caminha

Bacharel em Direito pela Direito pela Universidade Federal do Ceará. Aperfeiçoamento em Direito do Mercado Financeiro pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Advogada.

E-mail: ucaminha@gmail.com

Sumário

INTERESSES CONFLITANTES NA SOCIEDADE ANÔNIMA Fábio Ulhoa Coelho	1
PRÁTICAS NEGOCIAIS COMO ATOS DE AUTONOMIA PRIVADA: COMPATIBILIDADE HISTÓRICA DAS REGRAS SOBRE FORMA, PROVA, PROPOSTA E ACEITAÇÃO Gerson Luiz Carlos Branco	21
OS PREPOSTOS NO DIREITO EMPRESARIAL Marcelo Andrade Féres	43
ORGANIZAÇÕES PRIVADAS, AGENTES PÚBLICOS E CONFLITO DE INTERESSES: RISCO DE CORRUPÇÃO E CAMINHOS PARA SUA MITIGAÇÃO Mauricio Moreira Menezes	65
A REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS SISTEMAS DE COMMON E CIVIL LAW Matheus Gomes Setti e Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz.....	101
O PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DO PREÇO DE PRODUTOS E SERVIÇOS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO Unie Caminha e Denyson Sales do Nascimento Rios	139
REDES CONTRATUAIS E OPERAÇÕES ECONÔMICAS: ANÁLISE DA ESTRUTURA DO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA E DOS CONTRATOS DE TURISMO Gabriel de Almeida Barreto.....	171
L'IMPRESA AGRICOLA TRA DIRITTO AGROALIMENTARE E DIRITTO COMMERCIALE (REPUBLICAÇÃO) Monica Cossu	201

INTERESSES CONFLITANTES NA SOCIEDADE ANÔNIMA¹

CONFLICTING INTERESTS IN CORPORATION

Fábio Ulhoa Coelho

Resumo: O interesse, entendido como racionalização da vontade, é um atributo humano. As sociedades anônimas, como as demais pessoas jurídicas, não podem ter interesses. A expressão “interesse da empresa” só pode ter sentido metafórico. No contexto da infrutífera discussão sobre interesse formal ou material, deve-se encontrar um critério prático que oriente a atuação dos administradores da sociedade anônima.

Palavras-chave: Conflito de Interesses. Sociedade Anônima. Proteção Jurídica do Investimento Privado.

Abstract: Interest is the rationalization of the will and it only can be a human being attribute. Corporation and other legal entities are not able to have personal interests. Expressions such as “corporate interests” are purely metaphorical. It is necessary to encounter a criterion to guide the business administration instead of solve the useless discussion about formal or material interest conflicts.

Keywords: Conflicts of Interests. Corporation. Legal Protection of the Investment.

¹ Artigo recebido em 29.11.2018 e aceito em 14.12.2018.

Sumário: 1. Interesse social como metáfora. 2. Racionalidade das posturas egoaltruístas. 3. Medidas de neutralização do conflito de interesses. 4. Conflito formal ou material? Um enfoque prático da discussão. Conclusão.

1. Interesse social como metáfora.

Qualquer conflito de interesses pressupõe a existência de dois interesses. Se o conflito diz respeito à administração de sociedades anônimas, um dos interesses a identificar é o imputável a elas. Trata-se do chamado “interesse social”. A identificação dos interesses de uma pessoa natural é questão bem mais simples de resolver que a dos que seriam tidos por uma pessoa jurídica.

Deitando ao largo as abstrações e encruzilhadas a que inevitavelmente chegam as discussões sobre conflito de interesses no contexto da oposição entre contratualismo e institucionalismo,² pode-se, ao menos para fins operacionais, reduzir a complexa questão à identificação do intérprete do interesse social. Afinal, “sociedade anônima”, “pessoa jurídica”, “empresa” são meros conceitos jurídicos; falar-se em interesse perseguido por entes conceituais só pode ser mesmo uma metáfora.

Não há nenhum mal em valermo-nos de expedientes metafóricos para melhor compreendermos uma questão jurídica qualquer, desde que, evidentemente, não percamos de vista o caráter artificioso e auxiliar do estratagema. A metáfora, por definição, não descreve seu objeto como ele é, mas apenas fornece um meio mais fácil de chegar-se a ele. Ter interesse é sempre uma condição de um ser humano; como também será invariavelmente um ser humano o intér-

2 Os limites do debate sobre conflito de interesses, quando pautado na oposição entre estas seculares concepções doutrinárias, são apontados por Calixto Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26 e ss.).

prete do interesse metaforicamente atribuído a um ente jurídico-conceitual.

Quando se fala, assim, em “conflito entre os interesses de um administrador e os da sociedade empresária”, está-se falando, na verdade, em uma de duas possíveis situações. Na primeira, quando relevantes apenas as relações intersocietárias, contrapõem-se os interesses do administrador aos dos sócios. Na segunda situação possível, inspirada nos valores contemporâneos da disciplina societária, contrapõem-se os interesses do administrador aos dos trabalhadores, consumidores, investidores, empresários titulares de empresas satélites e demais seres humanos a quem aproveita a continuidade do desenvolvimento da atividade econômica explorada pela sociedade empresária. No primeiro caso, “interesse social” é uma metáfora para o interesse dos sócios; no segundo, é uma metáfora para os interesses metaindividuais que gravitam em torno de uma empresa de porte.

Interesse, acentuo, é sempre um atributo de seres humanos. Quando falamos de interesse como se titulado fosse por um conceito jurídico, isto é apenas uma metáfora, um modo simplificado e útil de se fazer referência a certo dado de realidade bastante complexo. Quando se fala, portanto, de interesse de uma sociedade anônima, está-se a falar, a rigor, quando a questão jurídica não ultrapassa a esfera patrimonial dos sócios, de interesses predominantes entre eles; ou, quando os ultrapassa, de interesses metaindividuais a gravitarem ao redor da atividade econômica por ela desempenhada. Estes interesses metaindividuais não são titulados, tampouco, por abstrações, mas igualmente por seres humanos: os trabalhadores empregados na atividade, os consumidores atendidos em suas necessidades e que- rências, os empresários que exploram empresas satélites (muitas vezes de porte micro ou pequeno), os anônimos investidores no mercado de capitais, os vizinhos dos estabelecimentos empresariais, os atletas patrocinados, etc.

Interesse social, em suma, é um conceito jurídico destinado a viabilizar, em última instância, a proteção de interesses de seres

humanos (os demais sócios, no plano interno, e os *bystanders*, no externo).

2. Racionalidade das posturas egoaltruístas.

“Interesses”, por outro lado, é objeto de reflexão comum a, pelo menos, três áreas de conhecimento: economia analítica, ética e direito.

A economia analítica, preocupada com a compreensão da motivação das decisões do *homo oeconomicus*, talvez tenha sido, destas três áreas, a primeira a eleger os “interesses” como questão. Seu modelo inicial era simples e pressupunha a motivação essencialmente egoísta da generalidade das pessoas, em suas ações e relações econômicas. Não via nenhuma oposição fundamental entre o egoísmo individual e os interesses gerais. Ao contrário: a conhecidíssima imagem de Adam Smith da “mão invisível do mercado” ilustrava a afirmação de que do atendimento ao interesse egoísta de cada um resultava naturalmente a realização do bem comum.³

A concepção do homem essencialmente egoísta persiste, na economia analítica, até hoje. No contexto da teoria dos jogos, em especial a teoria da barganha de Nash,⁴ interesses alheios passam a ser considerados, mas como componentes do cálculo das decisões egoístas. Em meados do século passado, assim, a economia analítica con-

3 Embora em sua obra mais importante (SMITH, Adams. *Investigação sobre a riqueza das nações*, 1776), Adam Smith não tenha retomado a imagem da mão invisível do mercado, apresentada numa obra precedente, de menor importância (*Teoria dos sentimentos morais*, 1759), é inegável que a metáfora ficou indelevelmente associada ao fundador da economia política, como referência nuclear de sua teoria.

4 O matemático John Forbes Nash Jr. (Prêmio Nobel de Economia de 1994) contribuiu para a teoria dos jogos por meio de quatro artigos: *equilibrium points in n-person games* (Proceedings of the National Academy of Science of USA, 1950), *the bargaining problem* (Econometrica, 1950:155/162), *noncooperative games* (Annals of Mathematics, 1951:286/295) e *two person cooperative games* (Econometrica, 1953:128/140).

tinuava operando com modelos em que as decisões racionais são invariavelmente norteadas pela perseguição aos próprios interesses, ou seja, por atitudes egoístas.

Apenas bem recentemente (2009), a economia analítica tem prestado atenção nas decisões altruístas. Amartya Sen (Prêmio Nobel de Economia de 1998), em seus últimos trabalhos, vem se dedicando à formulação da teoria da escolha social, no contexto dos estudos da eficiência econômica do altruísmo, rompendo, com isto, o secular modelo que associa racionalidade exclusivamente às decisões egoístas.⁵

Dissociando, deste modo, racionalidade de egoísmo, a economia analítica passa a pressupor que os agentes econômicos agem de modo racional, porém nem sempre egoísta.

No campo da ética, o tratamento da questão dos interesses tem experimentado significativa revisão, com o abandono do esquematismo binário “egoísmo/altruísmo”, que se mostra demasiado simplista. Entre os extremos do puro egoísmo e do puro altruísmo, insere-se uma gama de alternativas que não devem ser desconsideradas, na avaliação moral das condutas.⁶ Esta evolução reflete a tendência atual de pesquisa, no pensamento ético, sobre a pertinência da gra-

5 “There is nothing very peculiar, or silly, or irrational about your decision to ‘let others be’. We live in a world in which there are a lot of other people, and we can give them room for their own way of living even without adopting their way as something that we must see as a good thing to promote. Commitment may take the form not only of wanting to pursue goals that are not entirely parasitic on self-interest; it can also take the form of following rules of passable, even generous, behavior, that restrain our inclination to be guided exclusively by the promotion of our own goals, irrespective of its impact on others. Being considerate of the desires and pursuits of others need not be seen as a violation of rationality”. (grifos do autor). (SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 193).

6 A alta complexidade da avaliação da moralidade revela-se na percepção de que nem todo altruísmo é moralmente aceitável. A clássica fórmula robinhoodiana de roubar dos ricos para dar aos pobres, por exemplo, é decisão altruísta condenável sob o ponto de vista ético.

dação da moralidade (“são as condutas morais ou imorais, ou cabe cogitar das mais ou menos morais?”).

Pelo menos cinco diferentes situações podem ser delineadas.⁷ Num extremo, o egoísmo puro, em que o sujeito persegue o próprio interesse prejudicando o alheio; noutro, o altruísmo puro, em que o atendimento ao interesse alheio faz-se com prejuízo ao próprio. Entre eles, pode-se identificar, de um lado, o egoísmo mitigado, em que a realização do próprio interesse não importa prejuízos a ninguém; e, de outro, o altruísmo mitigado, caracterizado pela consideração, por alguém, ao interesse alheio, cuja satisfação em nada o prejudica.

No centro do espectro, há uma situação inclassificável como egoísmo (puro ou mitigado) ou como altruísmo (puro ou mitigado). Trata-se daquela hipótese em que interesses próprios e alheios são de tal modo dependentes, que não se consegue atender a qualquer um deles, sem necessariamente atender-se ao outro; tampouco é possível prejudicar um destes interesses, sem que o outro também seja prejudicado. Na negociação da relação de troca de ações, numa incorporação, o controlador da incorporada encontra-se nesta situação, relativamente aos interesses dos acionistas minoritários: o que conseguir negociar em seu próprio proveito irá necessariamente beneficiar os minoritários, e vice-versa. Chame-se a esta situação de egoaltruísmo.

7 Aqui, também se faz uma simplificação, já que não se consideram as alternativas derivadas das diversas concepções de interesse próprio: “Just as there are broader and narrower conceptions of acting from self-interest, there are broader and narrower conceptions of self-interest itself, as well as subjective and objective conceptions of self-interest. Subjective conceptions relate a person’s self-interest solely to the satisfaction of his desires or to what that person believes will make his life go best for him. Objective conceptions see self-interest, at least in part, as independent of the person’s desires and beliefs. Some conceptions of self-interest are narrower than others, allowing that the satisfaction of only certain desires is in a person’s self-interest, e. g., desires whose satisfaction makes that person’s life go better for her. And some conceptions of self-interest count only the satisfaction of idealized desires, ones that someone would have after reflection about the nature of those desires and what they typically lead to, as furthering a person’s self-interest”. (RUSSELL, Bruce. verbete ‘egoism’ em *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. General Editor Robert Audi. Cambridge University Press, 1995, p. 218-219).

A cada situação destas corresponde uma atitude do sujeito que nela se encontra. A atitude de egoísmo puro consiste em tomar decisão que atende ao próprio interesse, prejudicando alheio; a de egoísmo mitigado, decidir em atenção ao próprio interesse, sem prejudicar o de outros – e assim por diante. Em geral, a decisão corresponderá à mais racional, embora, evidentemente, não se deva descartar completamente a hipótese de irracionalidade.

Para o direito, os conflitos de interesse somente têm importância numa única situação, entre as cinco delineadas pela ética: a do egoísmo puro. Somente quando um sujeito pode tomar decisão que atenda seu próprio interesse em detrimento de interesse alheio, é que a questão de conflito de interesses ganha importância jurídica. Nas situações de egoísmo ou altruísmo mitigados e egoaltruísmo, os interesses não conflitam; e na do altruísmo puro, o conflito é irrelevante para o direito por decorrer o prejuízo de decisão do próprio titular do interesse prejudicado.

Note-se, ademais, que nem todo conflito de interesses relacionado ao egoísmo puro corresponde a questão jurídica. Ao contrário, apenas em pouquíssimos casos, a lei evita ou coíbe o prejuízo do interesse alheio pela realização do próprio. Em geral, tornam-se questão jurídica os conflitos de interesse em situações de egoísmo puro relacionados a casos de representação; ou, mais precisamente, aos casos em que a vontade juridicamente eficaz de um sujeito deriva de decisões de outro ou outros sujeitos.⁸

8 Como se verifica, por exemplo, na hipótese de conflito de interesses constatável no voto proferido pelo sócio em assembleia geral. A vontade da sociedade deriva de decisões dos sócios, no tocante ao conteúdo dos votos que proferem em assembleia. Quando não é o caso de egoísmo puro, não há conflito jurídico de interesses. Ensina, a propósito, Francesco Galgano: “C'è conflitto di interessi fra socio e società quando il socio si trova nella condizione di essere portatore, di fronte ad una data deliberazione, di un duplice interesse: del suo interesse di socio e, inoltre, di un interesse esterno alla società; e questa duplicità di interessi è tale, per cui egli non può realizzare l'uno se non sacrificando l'altro interesse. La semplice duplicità della posizione di interesse in capo ad un medesimo soggetto di per sé sola non implica, però, situazione di conflitto in senso tecnico. Le due posizioni di interesse possono essere fra loro solidali: il socio può realizzare il proprio interesse senza pregiudicare l'interesse della società”

3. Medidas de neutralização do conflito de interesses.

Distinguido o leque de alternativas de condutas em função dos interesses, cabe indagar como se deve examinar, neste contexto, o conflito entre os interesses dos administradores de companhias (aqui, especificamente o membro do conselho de administração) e os destas.

Diante da possibilidade de conflito de interesses entre, de um lado, o da sociedade anônima e, de outro, de membro do seu conselho de administração, a Lei das Sociedades Anônimas vale-se de duas medidas: definição da inexistência de conflito de interesses como um dos critérios de elegibilidade (artigo 147, § 3º, II) e vedação de intervenção (artigo 156) – a primeira mais drástica que a segunda.

A inelegibilidade, por ser medida jurídica mais drástica, cabe excepcionalmente, ou seja, apenas quando o conflito for de tal ordem que a vedação de intervenção acaba impedindo o membro do conselho de administração de exercer suas funções. Para incidir a inelegibilidade, a relação com a outra sociedade (concorrente ou fornecedora), deve ser tão importante que o administrador teria que se abster de votar em praticamente todas as oportunidades em que fosse chamado a exercer seu voto. Neste caso, não podendo o administrador impedido exercer regularmente sua função, nem contribuir para as decisões do conselho de administração ou para a condução dos negócios sociais, a alternativa jurídica mais adequada é, mesmo, a da inelegibilidade.

Quando a mera vedação de intervenção se mostra medida suficiente a permitir a regular atuação do administrador, sem prejudicar os interesses das sociedades envolvidas, ela deve, por óbvio, preferir à da inelegibilidade. É assim que se devem interpretar os artigos 147,

(GALGANO, Francesco. *La società per azioni*. Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1988, v. VII, p. 251).

§ 3º, II, e 156 da Lei de Sociedades Anônimas: a vedação de intervenção deve preferir à inelegibilidade.

Esta preferência, da lei, pela vedação de intervenção do artigo 156, funda-se na racionalidade das decisões egoaltruístas, de cunho conciliador, que tendencialmente devem ser adotadas por quem presidir os conselhos de administração das duas sociedades, nas raríssimas vezes em que chegarem a ser objeto de discussão, nestes órgãos, os contratos específicos que elas mantêm.

4. Conflito formal ou material? Um enfoque prático da discussão.

Pende, no direito brasileiro, uma séria controvérsia sobre a classificação das hipóteses de conflito de interesses: distinguem-se os conflitos de interesse em formal ou material?

No primeiro tipo (conflito formal), a situação conflitante verifica-se de antemão, previamente ao voto do titular do direito de votar. É o caso – acerca do qual não há divergência –, por exemplo, da votação de contas dos administradores, de que não podem participar os acionistas participantes da administração. O conflito, aqui, é formal, por ser, desde logo, juridicamente aferível a plena impossibilidade de conciliar os interesses das partes.

Já no segundo tipo (conflito material), estão as hipóteses de conflito cuja verificação é decorrência do exercício do direito de voto, não estando, desde logo, juridicamente revelado. É o caso daquele administrador a quem aproveitaria, direta ou indiretamente, determinada decisão prejudicial à sociedade anônima, mas cujo proveito não é suscetível de aferição *a priori*, dependendo, sob o ponto de vista jurídico, da anterior manifestação de vontade por meio do voto. O conflito, então, é material (ou substancial, como também se diz) e o conflito se revela, para o direito, somente após o voto do administrador, no órgão de que participa (conselho de administração ou diretoria).

A extensa controvérsia sobre o tema no direito brasileiro gira em torno, inicialmente, da interpretação à parte final do § 1º do artigo 115 da Lei de Sociedades Anônimas, que, embora dizendo respeito aos acionistas, inspira também a discussão relativamente aos administradores das sociedades anônimas:

§ 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da Assembleia Geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

A lei, em sua literalidade, não discrimina entre as quatro hipóteses abrangidas no dispositivo, mas certa doutrina, baseada em profícua discussão havida em outros direitos (especificamente, no alemão⁹ e no italiano)¹⁰ distingue entre, de um lado, a proibição de voto

9 Na lição de Erasmo Valadão França: “nas hipóteses de proibição de voto, a lei alemã, com base em precisas circunstâncias formais, estabelece um controle *ex ante* de legitimidade do voto; violada a proibição, decorre a *consequentia juris* da nulidade do voto e da anulabilidade da deliberação, se o voto for decisivo para a formação da maioria. Já no que tange ao conflito de interesses, há um controle *ex post*: torna-se necessária uma indagação relativamente ao mérito da deliberação, para a qual foi decisivo o voto do acionista, a fim de apurar se efetivamente ocorreu a incompatibilidade entre os seus interesses e o interesse da companhia (cabe apurar se houve abuso no exercício do direito de voto)” (FRANÇA, Erasmo Valadão. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993, p. 77-78).

10 Na concepção de Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “[o] regime duplo para o conflito de interesses no seio da assembleia concebido pela lei alemã seria adotado pelo art. 2.373 do Código Civil italiano de 1942 [...] O conflito de interesses é, aí, encarado sob o prisma substancial: a deliberação será anulada se, considerado o conteúdo da deliberação, resultar evidente que o sócio sacrificou o interesse social em benefício do pessoal na votação. Já no terceiro parágrafo do referido art. 2.373, é prevista a hipótese de conflito de interesses, que se instaura, não se considerando o conteúdo da deliberação, mas sim a situação formal em que se posiciona o sócio em relação à sociedade [...] Trata-se de uma situação de conflito de interesses *in re ipsa*, como diz Galgano, que decorre da posição ocupada pelos sócios-administradores em relação à sociedade, independentemente de qualquer consideração quanto ao conteúdo desta

e, de outro, o conflito de interesses. A distinção seria relevante para fins de delimitação da caracterização e dos efeitos do voto proferido numa ou noutra hipótese: o voto proibido configura-se independentemente do conteúdo (o acionista não pode votar as próprias contas, nem mesmo para rejeitá-las), e o seu cômputo torna nula a deliberação, haja ou não prejuízo para a sociedade.

A distinção alienígena impressionou (como outras tantas) parte da doutrina brasileira, dando início à controvérsia. Há quem repute ter o artigo 115, § 1º, da Lei de Sociedades Anônimas, também introduzido entre nós a distinção; e há os que privilegiam a literalidade da norma. Daí se falar em autores formalistas ou materialistas, os primeiros propugnando pela inexistência, no direito brasileiro, de qualquer diferença entre as quatro hipóteses abrangidas naquele dispositivo,¹¹

deliberação (*La società per azioni*, Trattato, Pádua, 1984, p. 231). Quer dizer, na espécie, na configuração do conflito, não se opera um juízo sobre o conteúdo do voto, para se apurar se está em conformidade com os interesses da companhia, mas um juízo de legitimidade formal. A *ratio* desta norma não reside tanto no conflito entre os interesses da sociedade e dos sócios, mas na consideração de que o sócio-administrador não pode participar de um julgamento sobre a sua própria conduta. Daí a distinção feita pela doutrina e jurisprudências peninsulares entre proibição de voto (*divieto di voto*) e conflito de interesses (*conflitto di interessi*). Trata-se de hipóteses diversas, com pressupostos diferentes e distintas consequências jurídicas. No caso da proibição de voto em assembleia, mais do que a incompatibilidade entre o interesse do sócio e o da companhia, há um controle *ex ante* da legitimação do voto com base em precisos indícios formais, já que ele, o sócio administrador, não pode assumir a posição simultânea de parte e juiz de seus próprios atos. Da infringência dessa abstenção decorreria a *consequentia iuris* da nulidade do voto e da anulabilidade da decisão decorrente do voto contaminado com vício de legitimação. Já no caso de conflito de interesses, cabe uma indagação relativamente ao mérito da deliberação da assembleia, para a qual foi decisivo o voto do acionista, para se apurar se há ou não a incompatibilidade entre os interesses do acionista e os da companhia, manifestada no voto do acionista (vale dizer, cabe apurar se há abuso no exercício do direito de voto). Nessa hipótese, o controle é *ex post*, de onde se deduz que deva ser considerado caso a caso, para efeito de sua eventual anulação” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004, v. I, p. 178-179).

11 Na síntese de Rodrigo Ferraz Pimenta da Cunha: “O conflito de interesses ocorre onde se opõem os interesses da companhia e do acionista, de forma que a realização de um prejudica ou impede a satisfação do outro. No que se refere à interpretação do último item do § 1º do art. 115, a doutrina brasileira divide-se em duas correntes: a primeira entende haver uma orientação genérica para um conflito formal, verificado *ex ante*, pela posição precisa dos envolvidos

e estes últimos defendendo que a proibição do voto, propriamente dita, só existiria na votação das próprias contas como administrador, de laudo de avaliação do bem com que contribui para o capital social e na de benefício particular, não alcançando a derradeira hipótese de interesse conflitante.

A posição dos autores formalistas é defendida (como sempre, com acuidade), por Modesto Carvalhosa:

A configuração do interesse conflitante, além das duas hipóteses tipificadas na lei, torna-se uma questão que *a priori* somente pode ser deslindada através do critério formal. Impossível encarar a questão casuisticamente. Tão-só se pode configurar, na espécie, o conflito de interesses no sentido amplo ou geral e no pressuposto da própria licitude do negócio jurídico.

Dessa forma, o contraste de interesses das partes, que existe em todo o contrato bilateral ou unilateral, é a razão formal para a suspensão do exercício do voto pelo acionista pré-contratante ou contratante com a sociedade. Daí não poder o sócio – que é ou será parte contratual – formar a vontade da outra parte, que é ou será a companhia. Portanto, quando a lei fala em ‘deliberações que puderem beneficiá-lo de modo particular’, não pressupõe que o acionista estará contratando com a companhia contra o interesse social ou obtendo benefício patrimonial desmesurado para si. E muito menos, quando ela fala em ‘deliberação em que tiver interesse conflitante com o da companhia’, quer a lei pressupor o ilícito.

O conflito de interesses das partes – no caso, entre o acionista e a companhia – é da própria natureza do negócio jurídico. Esse conflito não é apenas lícito, mas necessário ao estabelecimento das rela-

em determinada relação jurídica; a segunda defende a necessidade de análise substancial do voto em questão, a ser realizada *ex post*” (CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *O exercício do voto na sociedade anônima*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.) *Direito Societário – Desafios Atuais*. São Paulo: IDSA-Quartier Latin, 2009, p. 265).

ções contratuais. A formação da vontade, no entanto, não admite confusão das pessoas que serão partes no contrato. Mesmo quando existam benefícios equitativos para ambas as partes, que é aquilo que se deve pressupor, haverá sempre conflito e não convergência de interesses.¹²

Já entre os materialistas, sem dúvida, a maior expressão é Erasmo Valladão França, o grande monografista do tema na literatura nacional, para quem:

Ao fazer referência a ‘interesse conflitante com o da companhia’, no § 1º do art. 115, a lei não está se reportando a um conflito meramente formal, mas sim a um conflito substancial, que só pode ser verificado mediante o exame do conteúdo da deliberação. Tal como na Itália, pois, a lei, nessa hipótese, proíbe, cautelarmente, o acionista de votar. Se o acionista vota, deve-se verificar então, o modo como votou: se, efetivamente, sacrificou o interesse da companhia ao seu interesse pessoal, com prejuízo, potencial ou atual, à companhia ou aos outros acionistas, seu voto será nulo, bem como anulável a deliberação tomada, se o voto foi decisivo para a formação da maioria. Em suma, a lei não estabeleceu, para tal situação um divieto de voto, como o fez para as demais hipóteses do § 1º do art. 115.¹³

Note-se, contudo, que os autores adeptos da duplicidade de caracterização do conflito de interesses pelo direito brasileiro não são unânimes na classificação dos formais e materiais. Nem todos aceitam o entendimento de Erasmo Valladão França, de que a última hipótese referida pelo artigo 115, § 1º, da Lei de Sociedades Anônimas, seria de conflito material, e não formal.

12 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. II, p. 467.

13 FRANÇA, Erasmo Valadão. Op. cit. p. 97.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães, por exemplo, considera que nesta categoria se encaixa o voto abusivo referido pelo *caput* do artigo 115, enquanto as situações previstas no § 1º deste dispositivo referem-se todas a conflitos formais de interesses, inclusive o atinente ao interesse conflitante:

A Lei 6.404 acolhe esse regime dualista do Direito alemão e italiano, agasalhando até redação assemelhada na regulação da matéria. As expressões – abuso do direito e conflito de interesses – que estão na epígrafe que encima o art. 115, são havidas como referências a conceitos interligados mas distintos e autônomos. Com efeito, da leitura desse artigo, infere-se que a lei brasileira faz também uma distinção entre voto abusivo e vedação de voto. [...] No primeiro caso, isto é, de voto abusivo, a conflituosidade deverá ser apreciada em cada caso concreto num juízo de mérito. No segundo caso, a indagação se limita ao exame da legitimidade formal para o exercício do direito de voto.¹⁴

Aumentando a controvérsia doutrinária, lições recentes, na abordagem do tema, consideram a existência ou não de “forte perigo de comportamento incorreto” como o critério balizador para definir se o controle do conflito de interesses deve ser anterior (formal) ou posterior (material) da manifestação do voto pelo acionista.

No pensamento de Calixto Salomão Filho:

A tradicional classificação entre hipóteses de conflito de interesses formal e material deve então ser revisitada. Não para ser negada, mas sim para ser transformada em diferença entre situações em que se verifica forte perigo de comportamento incorreto e situações em que isso não ocorre. A diferença não é apenas semântica. Implica deslocar a ques-

14 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Conflito de interesses e vedação de voto nas assembleias de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: RT, v. 92, out./dez. 1993, p. 110.

tão da análise e comparação do ato e sua relação com o interesse social para a verificação da situação e dos deveres mínimos de cuidado de administradores e controladores. Retorna-se [...], portanto, aos deveres de cuidado e fiduciários não como disciplina substitutiva do conflito de interesse, mas como critério para sua apuração.¹⁵

Tornando, assim, mais complexa a discussão inspirada em normas vigentes em outros países (e em outros tempos), Calixto Salomão Filho sustenta, em sua assim chamada “revisita” à classificação entre conflitos formais e materiais, em suma, que não cabe o controle posterior do interesse conflitante quando houver forte perigo de comportamento incorreto, por parte dos administradores e controladores. Em termos mais concretos, quando estes descumprem seus deveres de cuidado e fidúcia em relação à empresa que administram ou controlam, não haveria porque se aguardar a manifestação do voto (ou a prática de outro ato societário lesivo qualquer) para se defenderem os interesses da sociedade potencialmente prejudicados.

Calixto Salomão Filho adota, portanto, um terceiro critério de classificação ao extremar os conflitos ditos formais dos materiais, ao lado dos propostos por Luiz Gastão Leães e por Erasmo Valladão França.

Em síntese, entre os renomados doutrinadores nacionais envolvidos no incandescente debate, Modesto Carvalhosa reputa formais todas as hipóteses elencadas no § 1º do artigo 115 da Lei de Sociedades Anônimas, enquanto Erasmo Valladão França considera a hipótese de “interesse conflitante”, a derradeira entre as mencionadas neste dispositivo, insuscetível de apreciação antes do exercício do direito de voto. Já Luiz Gastão Leães entende que o voto abusivo do *caput* do artigo 115 não poderia ser verificado antes do seu exercício, mas, a exemplo de Modesto Carvalhosa, classifica como formais todas as hipóteses de conflito abrigadas no § 1º deste dispositivo, qua-

15 SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 96 e, também, *ipsis literis*, p. 172.

lificando-as ademais de “proibição de voto”. Já Calixto Salomão Filho propõe outro paradigma: tomar-se por formal, e, assim, sujeito a se configurar antes do exercício do direito de voto, qualquer conflito que, estando ou não referido no dispositivo legal em tela, possa representar um “forte perigo de comportamento incorreto”.

A contenda entre formalistas e materialistas ultrapassou as searas da discussão doutrinária e se expressou até mesmo no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em dois julgados que, embora proferidos com intervalo inferior a um ano, chegaram, ambos sem unanimidade, a conclusões opostas.¹⁶

Pode-se questionar a pertinência da controvérsia. Mesmo na Itália, devem-se as distinções doutrinárias e jurisprudenciais entre *divieto di voto* e *conflitto di interessi*, provavelmente, aos termos excessivamente gerais com que se expressava o legislador italiano ao dispor sobre o assunto. O artigo 2373 do *Codice Civile*, antes da *Riforma Organica* de 2003/2004, estabelecia uma fórmula, por demais genérica, proibindo o voto do acionista em qualquer deliberação na qual tivesse interesse conflitante com o da sociedade¹⁷; não descia, portanto, ao detalhe da nossa Lei de Sociedades Anônimas, cujo artigo 115, § 1º, menciona quatro situações específicas em que o voto do acionista está vedado. Após a *Riforma Organica*, o direito societário italiano deixou de contemplar regra geral de proibição de voto, no dispositivo em tela,¹⁸ para limitar-se a autorizar o questionamento da

16 Refiro-me aos julgamentos dos IA-CVM TA/RJ2001/4977, de que foi relatora Norma Jonssen Parente, de 19-12-2001, e do TA/RJ2002/1153, relatado também por ela e cujo voto vencedor foi redigido por Wladimir Castelo Branco, de 06-11-2002. O inteiro teor destas importantes decisões da CVM está publicado na *Revista de Direito Mercantil* v. 125 e 128, respectivamente, acompanhado, nos dois casos, de erudito comentário de Erasmo Valladão França.

17 Dizia a norma italiana: “2373. Conflitto d’interessi – Il diritto di voto non può essere esercitato dal sócio nelle deliberazioni in cui egli ha, por conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società”.

18 Para certa doutrina peninsular, sequer era apropriado, mesmo antes da *Riforma Organica*, falar-se em proibição de voto. Francesco Ferrara Jr. e Francesco Corsi, por exemplo, afirmam: “Non è vero infatti che il sócio in conflitto d’interessi debba astenersi dal votare, bensì che se

validade da deliberação adotada com base em voto conflitante, caso demonstrado o dano à sociedade (tendo previsto apenas a proibição, em alguns casos, do voto do administrador e dos membros do conselho de gestão).¹⁹

Contudo, mesmo passível de questionamento, a controvérsia sobre a classificação dos conflitos de interesses, no direito brasileiro, existe e desnorteia os administradores das sociedades anônimas (em particular, os dirigentes dos trabalhos dos órgãos societários).

Mais, portanto, que tentar resolver a pendenga, tem sentido indicar um critério o quanto possível seguro, para orientar o comportamento que devem ter os dirigentes dos trabalhos de Assembleias Gerais e de reuniões do Conselho de Administração, ao decidirem se colhem ou não o voto de certo acionista ou conselheiro, respectivamente. Como nem a doutrina, nem mesmo a CVM, conseguem, até o momento, fornecer pautas seguras para a decisão a ser tomada pelo dirigente dos trabalhos do órgão societário, abrem-se-lhes duas alternativas: adotar uma posição “conservadora”, e considerar que o conflito é material, permitindo ao titular do direito de voto que o expresse, ou adotar uma posição “arrojada”, classificar a hipótese como conflito formal de interesses e, desde logo, impedir que este voto contrário ao interesse social seja exteriorizado, muito menos computado.

Lembro que aos dirigentes dos trabalhos dos órgãos societários (integrantes da mesa da Assembleia ou presidente do Conselho

vota, deve esercitare il voto in modo da non recar danno alla società: dunque non si ha sospensione ma limitazione del voto, che non dev'essere esercitato per un interesse contrario alla società con pregiudizio della medesima”. (FERRARA JR., Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le Società*. Milão: Giufrè, 1994, p. 521).

19 Em sua redação atual, diz a norma italiana: “2373. (1) Conflitto d’interessi – [I] La deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto próprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell’articolo 2377 qualora posa recarle danno. [II] Gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità. I componenti del consiglio di gestione non possono votare nella deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sovreglianza”.

de Administração) aplicam-se as normas legais sobre deveres e responsabilidades dos administradores. Ora, assim como estes, os integrantes da mesa respondem por danos causados à sociedade em razão de atos praticados com “violação da lei” (Lei de Sociedades Anônimas, artigo 158, II). Se os condutores dos trabalhos dos órgãos societários deixarem de computar os votos de quem se encontra impedido por conflito de interesses, considerando-o formal, serão responsabilizáveis por violação à lei, caso prevaleça, posteriormente, o entendimento de que o conflito era, a rigor, material. Entretanto, se computarem tais votos, por tomar o conflito como material, igualmente serão responsabilizados por violação da lei, se resultar, afinal, definido que ele era formal. Qualquer que seja a decisão do dirigente dos trabalhos dos órgãos societários, em vista da séria controvérsia que avassala o tema no direito brasileiro, haverá sempre um risco, que cabe avaliar.

Conclusão.

Presume-se que as pessoas agem racionalmente. Embora não se trate de pressuposto absoluto (porque há atitudes irracionais), é da racionalidade das ações de implicações econômicas que deve partir qualquer argumento jurídico. Somente se deve afastar o pressuposto da racionalidade das decisões, em casos específicos. Quando o mais racional for a decisão egoaltruísta, o pressuposto a ser adotado pelo direito é a de que a pessoa decidirá de acordo com a realização simultânea do interesse próprio e alheio, indissociáveis. O direito, ao disciplinar o potencial conflito de interesses na administração da sociedade anônima, prestigiou tal pressuposto: em princípio, não há inelegibilidade e veda-se a intervenção apenas nos casos específicos em que não se revelar a racionalidade da atitude egoaltruísta.

Quanto à discussão sobre o caráter formal ou material do conflito de interesses dos administradores, a inexistência de referência clara no direito positivo, a tergiversação da autoridade administrativa

e as divergências doutrinárias disseminadas exigem, hoje, no Brasil, uma adequada avaliação de riscos, a ser feita pelo profissional advogado que assessora o dirigente dos trabalhos dos órgãos societários. A opção entre classificar determinado conflito como “material” ou “formal” deve decorrer da verificação de qual alternativa, no caso concreto, revela-se menos arriscada. Deve-se proceder assim até que sobrevenha reforma na legislação societária apta a aclarar a matéria.

PRÁTICAS NEGOCIAIS COMO ATOS DE AUTONOMIA PRIVADA: COMPATIBILIDADE HISTÓRICA DAS REGRAS SOBRE FORMA, PROVA, PROPOSTA E ACEITAÇÃO¹

**BUSINESS PRACTICE IN DEALINGS AS ACTS OF PRIVATE
AUTONOMY: HISTORICAL COMPATIBILITY OF FORM,
PROPOSAL AND ACCEPTANCE RULES.**

Gerson Luiz Carlos Branco

Resumo: O artigo apresenta as práticas negociais como atos de autonomia privada fruto de relações contratuais de longa duração, próprias das relações empresariais, responsáveis pelo descompasso entre os contratos escritos e as práticas das partes na disciplina de sua relação privada. O desenvolvimento do tema é feito mediante uma análise histórica da forma, prova, proposta e aceitação e sua contribuição para a eficácia obrigatória dos contratos não solenes, bem como sobre trata da importância e o significado das práticas negociais como atos de autonomia privada na vida contemporânea.

Palavras-Chave: Autonomia Privada. Práticas Negociais.

Abstract: This article presents the business practices (“course of performance” and “course of dealing”) as acts of private autonomy, especially in long-term contracts, typical of commercial relationships, as responsible for the separation between the formal deal and the real

¹ Artigo recebido em 24.12.2018 e aceito em 14.12.2018.

deal. The subject of the article is developed through the historical analysis about form, prove, propose and acceptance in contracts, and their contribution to assign efficacy over informal contracts, in addition, the article face the importance and the meaning of business practices as acts of private autonomy in the contemporary life.

Keywords: Private Autonomy. Business Practices in Dealings.

Sumário: Introdução. 1. Forma, informalidade e contratos complexos. 2. Práticas negociais e autonomia privada. Conclusão.

Introdução.

A proposta deste artigo é de que a Teoria Geral dos Contratos precisa incorporar em sua dogmática elementos que de modo mais claro reconheçam eficácia às práticas negociais como atos de autonomia privada. Práticas negociais são atos das partes de uma determinada relação contratual, que após a celebração de um contrato (solene ou não) promovem alterações nas obrigações imputadas inicialmente ou no modo de seu cumprimento, de maneira que do ajuste original pouco exista, criando uma dualidade entre o contrato tal como é e os instrumentos contratuais que retrataram o momento de seu nascimento.

O objetivo de desenvolver o tema em conexão com a forma do contrato passa pela análise sobre como a Teoria Geral dos Contratos é insuficiente para enfrentar as práticas negociais, caracterizadas como novas manifestações da autonomia privada, especialmente no âmbito das relações empresariais. Novas manifestações em termos, pois a problemática aqui enfrentada está presente na realidade econômica e social há pelo menos um século: atos que não se subsumem aos conceitos de proposta e aceitação ou de instrumento particular e/ou público, porém representam materialmente atos vinculantes entre os particulares com o objetivo de disciplinar os efeitos

jurídicos de uma relação econômica, tal como consideramos os contratos.

Neste sentido, a problemática já foi e é enfrentada, para atribuir feitos sobre aqueles atos praticados no tênue limite entre um contrato não solene descumprido, ou a ruptura imotivada das tratativas preliminares a um contrato solene. A fórmula da “ruptura imotivada das negociações” por conta da necessidade de proteção da confiança ou da violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva é opção no sentido de preservar as regras sobre forma do contrato, proposta e aceitação, ignorando em certa medida a natureza distinta de certos atos da autonomia privada. Em grande medida, essa opção dogmática remete a matéria do Direito Contratual para a Responsabilidade Civil.

Entretanto, o fenômeno dos contratos de longa duração e contratos relacionais, entre outros fenômenos nos quais há marcadamente um descompasso entre as estruturas normativas previstas nos contratos escritos e as práticas das partes na disciplina de sua relação privada, fazem com que seja rediscutido o papel da forma como elemento essencial para a definição sobre o que é o contrato e seu conteúdo vinculante.

Evidentemente que este artigo não visa resolver o problema, mas apresentar uma pesquisa e reflexão sobre um problema central da Teoria Geral dos Contratos, que é a severa limitação dogmática das construções sobre o momento ou os requisitos formais, para que se considere um contrato concluído, para atender as necessidades atuais da vida e da autonomia privada.

Para tanto, na primeira parte, será abordado tema sobre a forma e a informalidade no quadro da Teoria Geral dos Contratos, bem como o papel que historicamente a forma do contrato representou; e na segunda parte, será abordado tema sobre a importância e o significado das práticas negociais como atos de autonomia privada.

1. Forma, informalidade e contratos complexos.

A moderna Teoria Geral dos Contratos concede à autonomia privada a possibilidade de que os contratos sejam celebrados de modo informal, estabelecendo a necessidade de forma escrita em alguns casos excepcionais, como é o caso da doação (artigo 541 do Código Civil), fiança (artigo 819 do Código Civil), negócios jurídicos dispositivos de direitos reais, conforme disposto no artigo 108 do Código Civil, etc.

Vigora a informalidade, tendo em vista que os contratos têm sua eficácia obrigatória baseada no consenso (*solus consensus obligat*), representativo da opção moderna (contraposta à Romana), de que são os elementos materiais de justiça subjacentes ao ato consensual que produz a vinculação. Trata-se da contribuição do pensamento Tomista-Aristotélico na construção dos fundamentos éticos da autonomia privada, desenvolvidos substancialmente pela segunda escolástica Espanhola, acabando de vez com a distinção Romana entre os *contractus* e os *nuda pacta*.²

Na ausência do pretor romano ou de um escrivão para inserir um selo ou ditar o conteúdo do contrato, a opção realizada pela Teoria Geral dos Contratos foi a de estabelecer critérios formais para identificação dos elementos que materialmente são “dignos” de proteção jurídica e que se exteriorizam de modo a serem socialmente reconhecíveis como atos de autonomia privada.³

2 A propósito do tema ver GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991, GHESTIN, Jaques. Ghestin Jacques. Le contrat en tant qu'échange économique. In: *Revue d'économie industrielle*. v. 92. 2e et 3eme trimestres 2000. *Économie des contrats : bilan et perspectives*. p. 81-100, entre outros. A matéria é antiga, entretanto recentemente foi desenvolvida profunda pesquisa por CANTALI, Rodrigo. *Da forma ao contexto: a importância dos elementos contextuais na evolução histórica da categoria do contrato*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFRGS, Porto Alegre, 2017.

3 No sistema romano germânico a ideia de convenção e pacto tiveram amplo reconhecimento a partir do movimento conhecido com jusracionalismo, construído com base nos estudos realizados pela escolástica espanhola, assim como pelo trabalho dos conciliadores, tais como Baldo, Bartolo, etc. As fontes mais autorizadas sobre o tema são WIEACKER, Franz. *História do*

Entretanto, o reconhecimento de contratos que não são baseados em um ato solene e formal, celebrado perante uma autoridade, exigiu da doutrina a separação entre os negócios abstratos e causais, a doutrina contratual sobre a forma foi associada de modo mais forte e direto à problemática dos negócios jurídicos abstratos, tais como a doutrina dos títulos de crédito.⁴

Aos negócios causais, geralmente não solenes, mantém-se de modo permanente a possibilidade de o juiz inquirir sobre a causa e, portanto, das razões materiais subjacentes ao contrato, independentemente do sentido a que se atribua para a causa do contrato.⁵

Direito Privado Moderno. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004 e GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991.

No âmbito da *common law* esse desenvolvimento é posterior. A ação de *covenant*, *debt* e *fassumpsit* consistem nos meios cogentes para obter o cumprimento de obrigações, não permitindo espaço para contratos não solenes. A ação de *covenant* servia para obrigar alguém a cumprir uma promessa *under seal*, pela qual o selo tinha importância como meio de prova, certificação e instrumento para se ir a juízo pleitear o cumprimento do contrato. As ações de *debt* serviam fundamentalmente para obter a restituição nas hipóteses de empréstimos ou para exigir a entrega de um bem quando há troca e a ação de *assumpsit* servia para obrigar alguém a cumprir uma promessa surgida a partir de um ilícito. Somente com o nascimento da doutrina da *consideration*, no século XVII a ação de *assumpsit* passa a ser usada como uma base geral para cumprimento de promessas e, portanto, de contratos. FARNSWORTH, Allan e Outros. *Contracts, Cases and materials*. Foundation Press, 2013, p. 33. Veja-se também o estudo de GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio, 1974, p. 17 e ss.

4 A relação entre as categorias negociais típicas do Direito Comercial e o desenvolvimento da Teoria Geral dos Contratos é íntima. O tema não é objeto deste artigo, porém vale a pena mencionar que boa parte do desenvolvimento histórico do contrato é feito sobre o “contrato de letra de câmbio” (contrato de *cambio traiettizio*) ou mesmo sobre os contratos criados pelos comerciantes na realidade medieval, problematizados e sistematizados pelo que posteriormente ficou conhecido como Teoria Geral dos Contratos. A propósito, veja-se GALGANO, Francesco. *Lex Mercatòria*. 5ª. ed. Bologna: Mulino, 2010, capítulos 2, 3 e 4. Também contribui para o tema a obra de LATTES, Alessandro. *Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane*. Milano: Ulrico Hoepli, 1884, p. 122 e ss.

5 A propósito sobre a problemática da causa, na perspectiva do Direito das Obrigações e do Direito dos Contratos, ver as seguintes teses, relativamente recentes: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato*. 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: Interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Nos negócios abstratos, a forma é essencial. Entretanto, mesmo nos negócios solenes e abstratos, essa condição não afasta a possibilidade de o juiz examinar a causa, respeitados os efeitos perante terceiros, como no caso do título que circula mediante endosso. O ônus da prova, em tal caso cabe àquele que invoca a falta ou ilicitude da causa.⁶

Nos negócios abstratos a estrutura típica não corresponde a nenhuma função econômica ou social constante, nada dizendo a respeito do interesse individual das partes, razão pela qual a doutrina considera que os negócios abstratos são sempre formais, tendo em vista que nos negócios abstratos a causa é separada do conteúdo típico e da determinação do ato voluntário. Assim, a vontade final que nos negócios causais é dirigida à síntese dos elementos essenciais do negócio, nos abstratos tem menor importância, pois a abstração torna o negócio idôneo para que sirva a diversas funções.⁷

Isso não significa, porém, que a forma substitui a causa, a ponto de que seja possível imaginar um negócio concreto que não tenha causa e que somente pela sua forma possa produzir efeitos, conforme afirma Emilio Betti:

Não se concebe, por exemplo, um negócio cambial que não tenha um escopo prático, como o de garantir o cumprimento de uma relação fundamental, de satisfazê-la, de nová-la, de abrir um crédito, de doar, etc. Qualquer negócio jurídico é, por sua natureza, dirigido a um escopo comparável com alguma das funções típicas da autonomia privada, e controlável de acordo com ela.⁸

Em outras palavras, nos negócios causais a causa tem relevância direta, enquanto nos negócios abstratos tem relevância indireta e

6 BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 378 e ss.

7 Ibidem. p. 386-388.

8 Ibidem. p. 385.

com relação aos efeitos do negócio jurídico: “a abstração tem aqui um carácter meramente processual e consiste na inversão do ônus da prova, que se desloca do autor para o réu”⁹, o que deve ser considerado no caso de a relação ser entre as mesmas partes.

Por isso, a referência a graus de abstração, já que pode consistir em simples inversão do ônus da prova, até a inoponibilidade de determinadas exceções.

Em outras palavras, tomando-se a doutrina de Emílio Betti, que talvez tenha sido o último dos grandes juristas que tentou dar contornos sistemáticos para a Teoria Geral do Negócio Jurídico, influenciando substancialmente o pensamento jurídico no sistema da *civil law* a forma passa a ser associada com a procedimentalização do modo como os direitos são realizados, em razão do processo de abstração dos negócios jurídicos.

Seja por conta de sua tentativa de afirmar o negócio jurídico como preceito, seja para afastar a teoria da declaração que acentuava em demasia os elementos formais do contrato,¹⁰ a doutrina de Emílio Betti é marcante no sentido de se atribuir um papel secundário à forma do contrato, em detrimento da discussão sobre abstração e causalidade.

Entretanto, a discussão sobre causalidade reiteradamente reconduz a matéria para funcionalidade do contrato e seu contexto, hipótese que resulta em problemas práticos para a resolução de problemas práticos, tendo em vista as dificuldades técnicas para que se prove o contexto e extremamente complexas de identificação da causa e função do contrato.

9 Loc.cit.

10 O tema foi tratado com profundidade no estudo de SILVA, Clóvis do Couto e. Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e Direito Processual Civil – atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Büllow. *Revista de Processo*, n. 37, ano 10, jan./ mar. 1985, p. 238 – 270.

Por essa razão e voltado para o senso prático do Direito, praticamente em todos os Códigos Civis há alguma regra sobre necessidade de uma prova escrita para provar o conteúdo do contrato, tal como previa o revogado artigo 227 do Código Civil brasileiro, que estabelecia o limite de 10 salários mínimos para admitir a prova exclusivamente oral para conceder executóriedade às obrigações contratuais.¹¹

A relativamente recente revogação do artigo 227 pode, por sua vez, indicar que a transformação das relações sociais tenha levado ao legislador a reconhecer que a fixação de um valor para a admissibilidade de um determinado meio de prova não capture a realidade vigente. O tema ainda é confuso para o legislador, pois a lei revogadora do artigo 227 do Código Civil, o Código de Processo Civil, em outro dispositivo, no artigo 410 enuncia o “documento particular” como prova de contrato.¹²

Reconhecer forma para o contrato ou mesmo exigir que o contrato tenha uma prova para que seja reconhecida a sua eficácia obrigatória, tem sentido, em razão das disposições dos artigos 427 a 435 do Código Civil brasileiro, que tratam sobre proposta e aceitação.

Ainda que vigore o princípio do consensualismo, proposta e aceitação possuem requisitos formais para sua identificação e caracterização, sem as quais não se pode considerar existente determinado contrato. Um estudo sobre a origem desse debate está preso justamente na tentativa de assegurar requisitos formais que aliados a teoria da causa pudesse fornecer elementos minimamente seguros para

11 A propósito ver o clássico texto SILVA, Clóvis do Couto e. Direito Material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, v. 13, 1979, p. 135-146.

12 “Art. 410. Considera-se autor do documento particular: I – aquele que o fez e o assinou; II – aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado; III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.”

que o contrato fosse reconhecido como fonte autônoma de obrigações ainda que desprovido da segurança do formalismo Romano.¹³

Embora seja um tema importante, a matéria ainda é tratada com timidez e de modo lateral. Somente uma perspectiva histórica menos remota demonstra que a superação do dogma da forma herdado do Direito Romano e a admissibilidade dos *nuda pacta* como fonte de obrigações vinculantes leva o Direito Contratual de um regime de absoluta segurança para outro que permite uma série de dúvidas sobre a vinculação ou não das condutas que culturalmente consideramos hoje como atos tendentes a realizar um contrato.

A esse respeito é extremamente importante a análise realizada por Gordley¹⁴ sobre os fundamentos filosóficos da liberdade contratual, assim como o problema da teoria da *consideration* enfrentada por Grant Gilmore,¹⁵ autores preocupados com questões próprias da *common law*, que, entretanto, possuem grande importância ao tratar sobre a gênese da Teoria Geral dos Contratos e também sobre as condições jurídicas para que o contrato produza eficácia vinculante.

13 Segundo Gordley, embora os juristas medievais não tenham analisado o problema da oferta/proposta e da aceitação da mesma forma que os escolásticos tardios, eles levantaram o problema pela primeira vez. Além disso, discussões posteriores sobre o problema foi mencionada com as mesmas preocupações dos juristas medievais. Os juristas medievais responderam a essas preocupações sem a afirmação se princípios para serem ajustados ao sistema ou elucidados através de uma discussão abstrata. Uma análise dos debates realizados por Bartolo e Baldo, e, depois, sistematizados por Domingo de Soto, Luis de Molina e Leonard Lessius indica que regras como as que o Código Civil brasileiro possui sobre proposta e aceitação estão relacionadas diretamente com a necessidade de afirmar-se critérios para a eficácia obrigatória dos *nuda pacta*. Foi nos séculos XVI e XVII, que os trabalhos da escolástica tardia foram estudados pelos jusracionailistas (na terminologia de Wieacker), especialmente pelo pensamento Hugo Grócio e de Samuel Pufendorf. A partir de seus estudos, ou daqueles que foram influenciados por eles (tais como Jean Domat e Robert Pothier) é que essas doutrinas foram introduzidas a *common law* e *civil law* modernas. GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991, p. 48 e ss.

14 GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991.

15 GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

O primeiro, ao tratar dos fundamentos éticos da liberdade contratual e da importância da segunda escolástica, ou escolástica espanhola, como construtora de uma dogmática que forneceu os contornos do que hoje consideramos como Teoria Geral dos Contratos, e o segundo, ao tratar sobre a construção de uma concepção formal de Teoria Geral dos contratos a partir do pensamento de Oliver Holmes e as transformações dessa matéria no curso do século XX.

Ou seja, as regras seculares que produziram as disposições do Código Civil sobre oferta e aceitação estiveram relacionadas a um movimento jurídico e filosófico que assegurou ao contrato critérios mínimos e seguros para que o Direito reconhecesse em atos que historicamente eram praticados nas feiras medievais, porém que nos textos romanos não reconheciam eficácia obrigatória.¹⁶

É claro que a opção pelo atual modelo de informalidade representou elevar o contrato a um patamar jurídico relevante, passando a outorgar à autonomia privada o papel de fonte das obrigações, sendo uma categoria responsável por estruturar o tecido social em torno das relações econômicas.

Cabia, então, ao Direito Contratual desenvolver as técnicas necessárias para identificar e determinar o conteúdo das obrigações que são criadas voluntariamente pelos atos da autonomia privada.

Ao construir essa técnica de identificação, são as normas sobre forma e prova dos negócios jurídicos que indicam a preocupação especial da Teoria Geral dos Contratos com a manifestação escrita, ou melhor com o instrumento particular celebrado por escrito, assinado pelas partes em um determinado local e data como demonstração inequívoca sobre qual é o conteúdo do contrato.¹⁷

16 Uma visão sobre a relação entre a necessidade de reconhecimento da eficácia obrigatória do contrato, a redescoberta do Direito Privado e as feiras medievais pode ser vista na obra de GALGANO, Francesco. *Lex Mercatória*. 5ª ed. Bologna: Mulino, 2010, p. 13 e ss.

17 É elucidativa a perspectiva da obra de IRTI, Natalino. *Studi sul formalismo negoziale*. Roma: CEDAM, 1997. Sobre diferença entre forma e prova e especialmente o significado dessa matéria

As normas sobre a matéria consideram que a assinatura de alguém em um documento escrito significa a vinculação de seu consentimento na operação econômica. Isso está baseado em uma convenção milenar de que assinar significa concordar, manifestar consentimento.¹⁸ Essa convenção de que trata Collins pode ser considerada como um velho costume, no sentido tradicional das fontes, que é o de todos acreditarmos ser obrigatório que determinados contratos devam ser por escrito para que se saiba de modo claro e definido qual é o conteúdo do contrato e, portanto, deixar inequívoca a obrigatoriedade das obrigações previstas pelas partes.

Em torno disso temos várias normas, tais como a ineficácia das minutas, que ainda que tenham caráter documental não obrigam pela falta da assinatura, bem como a ideia de que o contrato forma um ato jurídico perfeito e, portanto, uma vez assinado sequer a lei pode alterar o seu conteúdo. A obra de Pothier sobre a interpretação é significativa a respeito.¹⁹

Ou seja, a Teoria Geral dos Contratos foi construída a partir da superação do dogma romano que separava os *contractus* dos *nuda pacta*, porém o Direito Contratual moderno manteve a relevância da forma e, especialmente, o caráter singular do documento escrito assinado como método supremo de contratação.²⁰

em conexão com o objeto deste artigo, ver o capítulo III, *Il contratto tra faciendum e factum*, p. 95-137. O texto trata sobre o contributo de Grotius, assim como a forma e prova como elementos necessários ao processo de externalização de um acordo e de transformação de um mero ajuste para um fato relevante social e juridicamente. “Un’antica tradizione risolve l’autonomia dei privati nella scelta tra l’una e l’altra possibilità, nel decidere sull’essere o non essere del negozio. Occorre tuttavia aggiungere che l’essere del contratto, come di qualsiasi altro negozio, è una *essere per il diritto*, e non una generica esperienza economica e sociale”. p. 96.

18 COLLINS, Hugh. *The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (Coords.). *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational ad Network Contracts*. Portland: Hart, 2003, p. 1-24.

19 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, p. 96-103, capítulo “Regra para a interpretação das convenções”.

20 Uma análise das normas estatutárias italianas demonstra claramente essa preocupação me-

Todavia a realidade negocial que pode ser observada nos contratos de distribuição, franquia, fornecimento de produtos e serviços de modo contínuo, com suas contínuas alterações sem que essas alterações sejam formalizadas por escrito têm trazido certa perplexidade à Teoria Geral dos Contratos.

Além do fenômeno da expansão dos contratos de adesão, há o desenvolvimento de novas estruturas contratuais que geram fenômenos como a *battle of forms*,²¹ contratos organização, contratos cooperativos e especialmente a própria teoria dos contratos relacionais desenvolvida por Ian Macneil. A ideia é de que o contexto da contratação possui elementos muito ricos para permitir aos aplicadores do Direito conceber quais foram os verdadeiros entendimentos das partes.²²

Essa perplexidade deriva de contratos complexos, extrema-

dieval: LATTES, Alessandro. *Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane*. Milano: Ulrico Hoepli, 1884, p. 123: “Il primo relevante mutamento introdotto nella legge romana riguarda l’efficacia assoluta dei patti e la cessazione di qualsiasi differenza tra’ patti nudi e le convenzione”.

21 MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, Fev. 1963. Nesse sentido, o trabalho de Stewart Macaulay já indicava, no ano de 1963, a insuficiência dos formulários como técnica de organização da empresa, denunciando pela primeira vez a *battle of forms*, fazendo referência à riqueza da vida comercial e a incompatibilidade do conteúdo dos ajustes reais entre as partes e os *planning documents or paper deals*. Este artigo levou Grant Gilmore afirmar ter sido Macaulay quem jogou uma pá de cal sobre a Teoria do Contrato, ou ao menos, de uma determinada teoria contratual nascida a partir da pandectística alemã ou da Teoria de Holmes, baseadas em premissas formais dominantes durante o século XX. GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio, 1974.

22 Em trabalho da década de 1990, Macaulay acentua a importância da dimensão implícita dos contratos, reiterando que o problema por ele identificado na década de 1960 continua, sendo que agora o que está posto não diz respeito ao reconhecimento do fenômeno da falta de reflexo entre o *real and l deal*, mas na problemática jurídica de interpretar na realidade negocial o conteúdo dos deveres das partes. MACAULAY, Stewart. *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*. In: COLLINS, Hugh (Org.). *The implicit dimension of contract*. Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 103 e ss. Do mesmo modo em BROWNSWORD, Roger. *Contract Law. Themes for the twenty-first century*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

mente móveis entre empresas que estruturam operações econômicas múltiplas a partir de agentes que abandonaram sob o ponto de vista prático o modelo do “contrato assinado” ou do “aperto de mãos” como símbolos da conclusão de um contrato. Multiplicam-se as hipóteses de relações contratuais estabelecidas de modo substancialmente informal e difuso, sem um marco claro sobre qual é o conteúdo preceptivo do contrato.

Em certa medida autores como Ian McNeil e Gunter Teubner,²³ com sua forte preocupação sociológica sobre os fenômenos do Direito Contratual, erigiram a valorização da confiança como o centro de suas concepções por não vislumbrarem alternativas a partir da técnica fornecida pela tradicional Teoria Geral dos Contratos.

A doutrina crítica proveniente desses autores é uma verdadeira condenação da Teoria Geral dos Contratos como um conjunto de normas que permite a identificação clara sobre o conteúdo do contrato e sobre o seu modo de celebração, já que tendem a identificar o contrato de um outro modo, não mais como um negócio jurídico que nasce a partir da proposta e aceitação, mas como uma “relação social juridificada”, a que o Direito é chamado unicamente a disciplinar efeitos.

O modo como os contratos são celebrados, especialmente as práticas negociais adotadas e generalizadas no mercado nas últimas décadas tem sido marcado mais pela utilização do contrato como instrumento de planificação econômica e expansão da empresa da atividade empresarial, sendo considerado como extremamente secundário o debate a respeito da “forma” adotada pelo contrato e mesmo sobre a importância das regras da proposta e da aceitação como cri-

23 A obra dos dois autores é ampla, porém, indica-se aqui as duas obras básicas como representativas de seu pensamento primeiro sobre a importância da confiança como fator de estabilização dos atos de autonomia privada MACNEIL, Ian. *Relational contract theory: selected works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001. TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

térios razoáveis para identificação de um contrato com eficácia obrigatória.²⁴

Isso faz nascer o debate sobre a possibilidade de definição do conteúdo do contrato a partir das práticas negociais, em complemento e em situações excepcionais, contra o próprio sentido do contrato escrito eventualmente celebrado pelas partes, o que é objeto da segunda parte deste artigo.

2. Práticas negociais e autonomia privada.

A discussão sobre as práticas negociais como atos de autonomia privada surge de uma preocupação prática sobre a possibilidade de resolver conflitos entre duas partes cuja relação contratual é mantida por longos anos e que na hipótese de uma controvérsia descobre-se que o contrato escrito, celebrado há muitos anos, não tem mais qualquer conexão com a realidade.

Do mesmo modo pode-se reproduzir como razão para a investigação as diversas situações em que o contrato é pensado, discutido e redigido por advogados, que usam uma linguagem que não é acessível aos gerentes, engenheiros, técnicos e vendedores que serão responsáveis pela sua execução, resultando em um “instrumento particular” destinado aos arquivos, sem que os processos negociais, modo de negociação e atuação seja atendido pelas partes, independentemente da duração do contrato.²⁵

24 ROPPO, Enzo. *Contratti Standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milano: Giuffrè, 1989 – reimpressão da edição de 1975. Esta obra, antecedente de “Il contratto”, consiste em percurso histórico de grande importância para a compreensão das conexões entre o desenvolvimento da teoria da empresa e o contrato como instrumento de planificação e governança. Talvez seja o precedente histórico que analisou esse fenômeno em primeira mão a obra de COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, Nov.1937, p. 386-405.

25 Tal como propõe COLLINS, Hugh. *The Law of Contract*. Cambridge: LexisNexis, 2003.

Esse fenômeno, objeto de muitos estudos, indica que é difícil seguir o instrumento contratual a qualquer custo. Há situações, como por exemplo do contrato escrito de fornecimento que se transmuda para representação comercial ou distribuição com exclusividade, que lhe acresce transferência de tecnologia, etc., nas quais não é adequado seguir o instrumento contratual original, pois ainda que seguir um regulamento prévio represente um dos modos de se obter segurança e previsibilidade, um instrumento que trata sobre uma situação não real e com hipóteses não previstas é equivalente a um “não contrato”. Pretender aplicar um instrumento completamente defasado através de técnicas de integração, colmatação e/ou interpretação representa, nada mais nada menos, do que uma opção pela aplicação de normas provenientes de fontes heterocompositivas e nada vinculadas à autonomia privada. Ou seja, tal solução não atende o interesse particular de qualquer das partes, tampouco atende a coerência objetiva que o ordenamento jurídico pretende ter para dar soluções que forneçam uma mínima percepção de justiça na via adotada.

Essa, via de regra é a objeção as soluções propostas por estudos vinculados à análise econômica do Direito segundo as quais o formulário contratual deve ser seguido em qualquer hipótese. A solução funcional e consequencialista da Análise Econômica do Direito pode ser útil sob uma perspectiva econômica, porém ignora os aspectos jurídicos relevantes, especialmente os fundamentos éticos da liberdade contratual, que existe para realizar valores e fins vinculados à autonomia privada e a autodeterminação, os quais estão longe de ser prisioneiros do consequencialismo econômico. Não é possível abstrair os elementos materiais de justiça inerentes ao contrato e à liberdade contratual: o contrato não é uma mera solução formal para resolver as controvérsias. Por isso, há hipóteses em que é absolutamente impossível a aplicação do formulário contratual, dada a sua desconexão com a realidade e com a demanda das partes.²⁶

26 Enfrenta o tema objeto deste artigo, assim como analisa boa parte da bibliografia aqui tratada, embora com conclusões distintas, ARAÚJO, Fernando Borges de. *Teoria Econômica do*

Do mesmo modo, as regras previstas nos artigos 427 a 435 pouco auxiliam para identificar quando passou-se a ter um novo conteúdo contratual, pois ainda que tais normas incidam, a mutabilidade da relação contratual tem como resultado a identificação de múltiplos contratos, que quando identificados talvez não estejam mais vigentes.

Em outras palavras, as normas dos artigos 427 a 435, embora úteis para a maior parte dos casos, não é suficiente para regular certas relações e que práticas negociais representam a principal expressão da autonomia privada: enquanto temos uma máquina fotográfica, a vida nos exige uma filmadora, ou pelo menos um conjunto de normas que tenha flexibilidade para compreender a dinâmica da relação em sua peculiaridade.

Retomando o ponto central deste artigo, considera-se que as práticas negociais são aqueles atos praticados pelas partes de modo reiterado, especialmente nas relações de longa duração que possuem natureza preceptiva e que conformam o comportamento futuro dos contratantes.

Parte da doutrina denomina esses atos como sendo “usos particulares”, expressão que aproxima a disciplina dos usos e costumes comerciais às práticas negociais, com o objetivo de tentar utilizar-se da dogmática dos “usos” para identificar a sua eficácia normativa.

Todavia não há que se confundir ou se utilizar de padrões normativos similares, tendo em vista que os usos possuem um caráter transindividual²⁷ e homogêneo que não existem nas práticas negociais.

Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. A obra de Fernando Araújo é, possivelmente, a mais completa obra sobre o contrato numa perspectiva da análise econômica do direito. Observe-se, entretanto, que a obra possui a lucidez de distinguir claramente o âmbito do Direito e o da Análise Econômica, como campos distintos do conhecimento, submetidos à método distinto, com finalidade e preocupações distintas.

27 MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado*. Critérios para a sua aplicação. 2ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 470 e ss.

Por isso, enquanto os usos (desde que dotados de eficácia normativa) oferecem soluções heterocompositivas, as práticas negociais são atos das partes que (quando produzem efeitos) geram “preceitos” próprios dos atos de autonomia privada.²⁸

Evidentemente há dificuldades para o reconhecimento das práticas negociais como alternativa autocompositiva dos conflitos. Também há dificuldades em considerá-los como meio de superar as incongruências de instrumentos formais desconexos da realidade. De qualquer modo, a superação de tais dificuldades passa pela possibilidade de reconhecimento de um novo modo de reconhecimento de atos de autonomia privada, tendo em vista que diferentemente de quase dois mil anos de produção doutrinária sobre proposta, aceitação e forma, ainda não há elementos dogmáticos mínimos para que os ajustes voluntários possam receber a condição de ajustes negociais, ou seja, relevantes e aptos à produção de efeitos jurídicos.²⁹

Apesar das dificuldades, não se pode negar que as “práticas negociais”, consideradas como um conjunto de atos de caráter preceptivo entre as partes em vias de contratar ou no processo obrigacional de uma relação contratual já estabelecida, consistem em uma modalidade peculiar de atos de autonomia privada, com eficácia jurídica vinculante entre as partes. Essa eficácia vinculante sobreleva-se ou tem importância equivalente com as formas tradicionais de “mani-

28 Recente tese de doutorado sobre os usos comerciais enfrenta a distinção entre “usos” e “usos particulares”. Embora não trate da perspectiva posta neste artigo, trata-se de estudo com profunda pesquisa e extensa bibliografia a respeito da problemática. COMIRAN, Giovana. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos empresariais*. USP, São Paulo, 2017, p. 50-59.

29 Em certa medida é a questão posta na obra de MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30: “Declaração negocial não é sinônimo de declaração de vontade. Declaração negocial é uma espécie de declaração de vontade que observa um determinado modelo, socialmente visto como apto à produção de efeitos jurídicos”. No mesmo sentido, de problematizar as práticas negociais como problema associado a interpretação, veja-se a obra de FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

festação da vontade”, tais como são consideradas a proposta e a aceitação.³⁰

Deixe-se expresso que a proposição deste artigo tem por consequência reduzir a aplicação da boa-fé objetiva ou dos usos e costumes, costumes do lugar ou práticas sociais, reiteradas como padrões comportamentais a preencher o conteúdo dos contratos, caracterizam modo heterocompositivo das relações contratuais.

Isso porque a possibilidade de adoção do conceito de práticas negociais como ato de autonomia privada contribui para resolver divergências entre as partes decorrentes de um fenômeno cada vez mais comum, que é a dissociação entre os instrumentos formais ou ajustes iniciais e o modo como as partes efetivamente realizam e instrumentalizam as operações econômicas que são reguladas pelo contrato,³¹ sem que seja necessário a aplicação de técnicas heterocompositivas de colmatação do contrato, tal como a incidência do princípio da boa-fé objetiva ou aplicação de usos quando há atos praticados pelas partes dirigidos de modo concreto e direto para fins definidos voluntariamente.

Atribuir efeitos às práticas negociais significa também reconhecer que existem motivações sociais e econômicas pelas quais as

30 Uma perspectiva muito próxima deste artigo, embora sua proposição esteja vinculada a opção tradicional da interpretação é a apresentada por CANARIS, ao indicar que em alguns casos há *Prevalence of Individually Negotiated Terms and of the Reasonable and Effective Meaning. Interpretation of Contracts*. CANARIS, Claus-Wilhelm e GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Interpretation of Contracts*. (January 15, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1537169> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1537169>.

31 “Contrato”, considerado em sua pluralidade de sentidos em sua profunda natureza histórica, tal como acentua Judith Martins-Costa em suas obras, especialmente nos textos MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, mai./ 2005, MARTINS-COSTA, Judith. A Noção de contrato na História dos Pactos. Porto Alegre, *Revista Organon Revista do Instituto de Letras da Universidade do Rio Grande do Sul*, v. 06, n.19, 1992, MARTINS-COSTA, Judith. Crise e Modificação da Noção de Contrato no Direito Brasileiro. SP, *RT*, v. 3, p. 127-154, 1992, MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. (Org.). *Teoria Geral dos Contratos*. SP, Atlas, 2011, p. 23-66.

partes mantêm consenso sobre o desenvolvimento das práticas negociais, isto é, o objeto do contrato, mas não conseguem emparelhar esse consenso com os instrumentos formais representativos do tradicional conceito de contrato.

Isso se dá porque muitas vezes há consenso sobre como manter a relação contratual, como definir direitos e obrigações, porém não há como construir um consenso que permita a elaboração de um novo instrumento contratual, já que, dado o funcionamento adequado dos fins o contrato, não há interesse em revelar divergências na relação entre as partes sobre como tipificar o contrato ou mesmo disciplinar a extinção, modo de solução de conflitos, etc. Como é comum nas relações contratuais de longa duração, não há estímulos suficientemente fortes para que a relação seja discutida em sua qualificação jurídica.³²

Conclusão.

A Teoria Geral dos Contratos não será construída pela simples substituição de conceitos novos que ocupem o lugar daqueles construídos por sua tradição milenar. Porém, a tradição não é suficiente para fornecer todos os elementos dogmáticos necessários para a resolução de problemas que surgem pelo devir histórico.

Por isso, reitera-se a importância da forma contratual, assim como da grande utilidade da distinção entre negócios jurídicos abstratos e causais como elementos dogmáticos centrais para a identificação dos efeitos jurídicos dos atos voluntários típicos no plano das

32 Segundo Fernando Araújo, a questão da incompletude do contrato foi uma das mais “originais e mais férteis contribuições da análise econômica do direito para a Teoria do Contrato. Embora nas cerca de 50 páginas em que a matéria é enfrentada não surjam soluções normativas, o texto é extremamente rico para demonstrar os estímulos ou a falta de estímulos que indicam as razões e fatores determinantes da incompletude contratual, além de sua proposição interpretativa em prol da eficiência econômica. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 143-189.

relações intersubjetivas de natureza econômica. Do mesmo modo, a adoção de normas claras sobre proposta, aceitação e sua revogação continuam essenciais para o Direito Contratual.

Porém é preciso compreender que o desenvolvimento da Teoria Geral dos Contratos passa também por reinterpretações e mesmo pela inserção de novos conceitos. A propósito, veja-se que o tema deste artigo é conexo com a teoria dos comportamentos concludentes, que a partir dos estudos de Haupt³³ provocou um longo e secular debate sobre os comportamentos sociais fáticos, os contratos de fato, os quase-contratos e tantas outras percepções sobre o fenômeno da simplificação e da standardização do modo de contratar sem a celebração de acordos verbais ou escritos, inclusive no que diz respeito ao uso de máquinas, aparatos tecnológicos, etc.³⁴

Sem os estudos de Haupt que tratou da importância do com-

33 A propósito do efeito da teoria das relações contratuais fáticas e sua importância para o Direito das Obrigações ver COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2007, p. 65 e ss.; MARTINS-COSTA, Judith. Op.cit. p. 238-253; LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1958, p. 58- 61 e LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico, 1956. Tradução de Alessandro Hirata, *Revista Direito GV* 3, jun. 2006, v. 2, n. 1, p. 055- 064. Larenz desenvolve a concepção segundo a qual a justiça contratual é baseada na autodeterminação e na autovinculação. Entretanto, é preciso que o direito precise criar pressupostos sob os quais se possa encontrar um acordo justo. Faltando essa justiça que deriva da necessidade de preservação da comutatividade contratual o ajuste não encontrará reconhecimento jurídico. LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Madrid: Civitas, 1985, p.80. Ao desenvolver essa ideia, Larenz reconhece que o fundamento da obrigatoriedade dos contratos está no seu elemento funcional e em ideias de justiça que lhe são inerentes. Porém, mesmo admitindo um amplo espaço de intervenção jurídica no plano da autonomia privada, Larenz considera que é um ato de determinação vincular-se ou não a uma relação social fática, o que faz indicando o exemplo da pessoa que decide tomar um transporte público, pois pode fazê-lo ou não. Essa liberdade é o que mantém a autodeterminação do ato, ainda que o conteúdo da vontade na definição do preço ou demais circunstâncias sejam irrelevantes sob o ponto de vista jurídico.

34 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* São Paulo: RT, 2012, v. II, p. 457-535. Embora a categoria do ato-fato tenha sido desenvolvida por Pontes de Miranda, a partir do desenvolvimento de elementos já presentes na pandectística alemã, a preocupação com o uso de tal categoria vinculada às fontes das obrigações é realizada a partir da obra de COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2007.

portamento concludente não seria possível a conclusão deste artigo, pois sua proposta tangencia a questão dos comportamentos concludentes, já que as práticas negociais são consideradas como o conjunto de atividades voluntárias realizadas pelas partes no desenvolvimento de uma relação econômica disciplinada por um contrato.

A relação entre a temática aqui desenvolvida e o tema das relações contratuais de fato tem como ponto de contato o reconhecimento de um fenômeno social relevante. Porém, a perspectiva é distinta, pois enquanto a doutrina das relações contratuais de fato acentuavam que o contrato era reconhecível unicamente por ser um ato culturalmente identificável como contrato, os efeitos jurídicos derivavam da incidência do ordenamento e seus princípios sobre a relação fática, sem espaço para a criação voluntária de direitos e obrigações. Se as partes tivessem ou não intenção de regular a relação jurídica derivada de uma “relação contratual de fato”, este aspecto não teria relevância substancial.

Em sentido oposto, o questionamento realizado por esta pesquisa está direcionado sobre a possibilidade de que atos tradicionalmente tomados como mero “contato social” ou mesmo como “relações fáticas”, as quais são denominadas aqui como práticas negociais, sejam resgatados em uma perspectiva normativa no quadro dos atos de autonomia privada. Ou seja, durante cerca de um século a Teoria Geral dos Contratos desenvolveu a solução da regulação heterocompositiva para situações que aqui são tratadas como soluções derivadas da autorregulação.

O tema está diretamente associado com a identificação de quais são os atos e os métodos que a autonomia privada adota como fonte jurígena hábil a produzir vinculação jurídica. Por consequência, nessa problemática precisa-se compreender a centralidade ou não da proposta e aceitação e do contrato escrito como “instrumentos do contrato”, e também, dos atos de execução e determinação das alterações dos instrumentos originais da contratação.

Também é preciso saber quais são os limites da heterocompo-

sição na definição ou no preenchimento do conteúdo dos contratos. Isso porque, em admitindo que as práticas negociais consistem em fontes de deveres vinculantes às partes, os efeitos de técnicas heterocompositivas para definição do conteúdo dos contratos, como a interpretação e integração conforme a boa-fé e os usos e costumes (usos do lugar e outras práticas sociais) são reduzidos por conta de um novo modo de manifestação da autonomia privada: aquele conjunto contínuo de atos e práticas sociais e econômicas, determinadas voluntariamente que carregam uma intencionalidade prática, dirigida a realização de determinados fins do contrato.

OS PREPOSTOS NO DIREITO EMPRESARIAL¹

AGENTS IN BUSINESS LAW

Marcelo Andrade Féres

Resumo: Os empresários e as sociedades empresárias não se fazem presentes em toda a extensão de sua atividade econômica, reclamando a colaboração de terceiros, sobretudo daqueles subordinados à sua estrutura de organização, normal e juridicamente conhecidos como prepostos. O presente artigo objetiva apreender a dinâmica dessa teia de sujeitos que intermedeiam a atuação empresarial com o mundo da vida, balizando seus limites, bem como analisando a respectiva disciplina, prevista no Código Civil.

Palavras-chave: Prepostos. Direito de Empresa.

Abstract: Entrepreneurs and corporations are not present in the full extent of their economic activities, demanding the collaboration of third parties, moreover those subordinated to their organizational structure, normally known as clerk. The present article aims to understand the dynamics of this web of subjects that intermede the business performance with the real world, understanding its limits, as well as analyzing the respective discipline, foreseen in the Civil Code.

Keywords: Clerk. Business Law.

¹ Artigo recebido em 30.11.2018 e aceito em 14.12.2018.

Sumário: Introdução. 1. Preposição e representação. 2. Direito empresarial e prepostos. 2.1. Disposições gerais sobre os prepostos no Código Civil. 2.2. Da responsabilidade do preponente por atos dos prepostos. 2.3. Do excesso na preposição e seus efeitos. 2.4. Do gerente. 2.5. Do contabilista. Conclusão.

Introdução.

Os empresários e as sociedades empresárias não se fazem presentes em toda a extensão de sua atividade econômica, reclamando a colaboração de terceiros, sobretudo daqueles subordinados à sua estrutura de organização, comum e juridicamente conhecidos como prepostos.

Carvalho de Mendonça aponta que a expressão “preposto” deriva “da palavra *proepositus* do direito romano, e cuja tradução literal é pessoa collocada adiante, posta à frente de uma operação para conduzi-la e dirigi-la; empregado no commercio”. A relação firmada entre o empresário e seu preposto é, portanto, um negócio misto, que reúne os traços do mandato aos da locação de serviços². Por óbvio, a forma mais comum de preposição consubstancia-se pela relação de emprego, hoje regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas não se reduz somente a ela. Há prepostos que encontram causa noutros negócios, como, por exemplo, o mandato, a comissão ou a agência³.

2 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. [Edição]. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. II, p. 436.

3 A respeito, confira-se a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “Embora o Código Civil não tenha definido a figura do preposto, ela é tecnicamente considerada como sinônimo de trabalhador assalariado, isto é, de empregado. De fato, sempre com essa conotação, o vocábulo figurou em diversas passagens do nosso Código Comercial, que traçaram os primeiros contornos do atual contrato de trabalho, e a maioria da doutrina autorizada” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 647).

O citado doutrinador lembra que o Código Comercial de 1850, diferentemente de outros diplomas, não situou os prepostos na parte propriamente contratual, preferindo posicioná-los nos artigos 35 a 74, ao lado do comerciante. Havia, na vocação original daquele *codex*, a disciplina dos corretores, dos agentes de leilões, dos feitores, dos guarda-livros e dos caixeiros, dos trapicheiros e dos administradores de armazéns de depósito, e dos comissários de transportes (artigo 35), ou seja, tratava de agentes auxiliares do comércio.

A seu turno, o Código Civil de 2002, no Livro do Direito de Empresa, dedica um capítulo ao regime dos prepostos, dividindo-o em três seções. A primeira refere-se às disposições gerais (artigos 1.169 a 1.171); a segunda ocupa-se do gerente (artigos 1.172 a 1.176); e, a terceira, do contabilista e de outros auxiliares (artigos 1.177 a 1.178). Com efeito, torna-se relevante para o Direito Comercial a função que o preposto desempenha na organização da empresa, interna e externamente, e não propriamente o seu vínculo jurídico com esta. Tal vínculo situa-se noutras searas, como, *verbi gratia*, o Direito do Trabalho, não sendo, portanto, considerado neste texto.

Nos dias de hoje, em que as tecnologias da informação revolucionaram as relações sociais, poderia soar estranho ou obsoleto abordar a questão desses colaboradores. Entretanto, apesar das previsões prematuras, no sentido de que as relações intersubjetivas iriam “se desmaterializar” ou “se virtualizar”, a realidade aponta noutro sentido. A Humanidade continua carecendo da interação presencial, sem a qual esmorece o caráter gregário do homem e, por consequência, ele próprio.

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva apreender a dinâmica dessa teia de sujeitos que intermedeiam a atuação empresarial com o mundo da vida, balizando seus limites, bem como a disciplina trazida pelo Código Civil de 2002, tudo consoante se revela nas linhas a seguir.

1. Preposição e representação.

Inicialmente, cabe delimitar a preposição, e em que medida ela se diferencia da representação, categorias também confundidas na prática.

Por razões didáticas, parece recomendável a utilização preliminar de exemplo, para, na sequência, dar voz à tecnologia jurídica. Quando se está num supermercado, é fácil perceber que o sujeito que se senta ao caixa e executa as respectivas funções é um preposto da sociedade empresária. Esta, por sua vez, é a titular da atividade econômica e quem assume seus riscos. O caixa não pode, a título ilustrativo, vender o imóvel que integra o estabelecimento; está habilitado somente a fazer negócios com os produtos que passam pela esteira, vivenciando, pois, parcela limitada de poderes de representação da pessoa jurídica. Por seu turno, o administrador da sociedade empresária pode, caso o ato constitutivo não o impeça, alienar o referido bem de raiz.

No exemplo, o caixa figura, claramente, como preposto da sociedade e o administrador, como seu representante. A propósito, o administrador, declinado no contrato ou estatuto da sociedade, em princípio, tem plenos poderes de representação e, a rigor, como assinala Pontes de Miranda, enquanto órgão, ele apresenta em uma dada situação jurídica⁴.

O Código Civil de 2002 traz regras distintas para a representação e a preposição, o que realmente é pertinente. Contudo, é relevante fazer uma aproximação entre os institutos, a fim de aclarar o objeto deste estudo. Enquanto cuida dos prepostos no Livro do Di-

4 Confira a lição de Pontes de Miranda: “Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Tomo LVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 233).

reito de Empresa, nos artigos 115 a 120 de sua Parte Geral, estabelece o regime da representação. No primeiro desses dispositivos, prevê que os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado. Assim, a título ilustrativo, os pais representam os filhos incapazes – representação legal –, e um mandatário representa o respectivo mandante – representação negocial ou consensual.

Nas palavras de Pontes de Miranda, representação “é o ato de manifestar vontade, ou de manifestar ou comunicar conhecimento, ou sentimento, ou de receber manifestação por outrem (representado), que passa a ser o figurante e em cuja esfera jurídica entram os efeitos do ato jurídico, que se produz.”⁵ Assim, na representação, o representante ostenta certos poderes que lhe permite ditar a sorte de uma relação que se estende sobre a esfera subjetiva do representado.

Mas, afinal, qual seria a diferença entre a representação e a preposição?

A esse respeito, Mairan Gonçalves Maia Júnior assevera, *in verbis*: “Com efeito, preposição e representação não se confundem. Pode haver preposição com ou sem representação, dependendo da situação jurídica, ou seja, se há ou não outorga de poderes, por disposição legal ou voluntária”⁶.

A preposição colhe-se dos fatos. Nasce de uma situação da realidade estabelecida em face de terceiros, os quais passam a manter relações com o preposto como se estivessem diante do próprio preponente ou empresário. Trata-se, assim, de modalidade variável, que pode ou não contar com representação, conforme as atribuições conferidas ao preposto.

5 Ibidem. p. 235.

6 MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 65.

Os italianos Giuseppe Auleta e Niccolò Salanitro lembram que, no âmbito dos prepostos:

a diretiva na qual se inspira a normativa do poder de representação é a seguinte: o colaborador tem todos os poderes de representação necessários ou úteis para desenvolver as tarefas que, na organização da empresa, lhe foram atribuídas, com exclusão daqueles poderes que lhes foram subtraídos de modo a ser conhecido por terceiros ou também quando os terceiros deles tenham conhecimento.⁷

A preposição confere poderes ao preposto para realização de atos ordinários. Para atos extraordinários, mostra-se necessária a representação por meio escrito.

Pontes de Miranda, ao tecer considerações sobre os poderes de alienação e de vinculação outorgados aos prepostos em geral, também esclarece que:

Dada a especialização dos empregados, nem todos eles têm poderes para alienação ou vinculação. Todavia, a posição em que se acha no estabelecimento tem a conseqüência, para os terceiros, de presumirem-se outorgados os poderes que correspondem à seção, ou lugar, em que eles se encontram. Presunção de fato, e não de direito.⁸

A propósito do tema, vale conferir a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para quem:

Não é preposição, porém, só representação, nem é mandato, embora este último possa existir para determinadas atuações do preposto, como se verá

7 Tradução livre do original: *“La direttiva, cui si ispira la normativa del potere di rappresentanza necessari o utili per svolgere il compito, che nell’organizzazione dell’impresa gli è stato affidato, con esclusione di quei poteri che gli siano stati sottratti in modo conoscibile dai terzi o comunque quando dell’esclusione i terzi siano venuti a conoscenza.”* (AULETA, Giuseppe et SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 2003, p.89).

8 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Tomo LVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 199.

no curso dos comentários a este Capítulo. Difere dessas figuras porque a representação, na preposição, decorre da função exercida pelo preposto e porque o mandato não se coloca no desempenho das funções internas do preposto e sua eventualidade contrasta com o caráter permanente da preposição.⁹

Dessas lições, pode-se perceber que preposição, mandato e representação não se confundem. O mandato é contrato pelo qual o mandatário pratica determinado ato em nome do mandante, podendo ou não ter representação¹⁰. A preposição, igualmente, pode ou não se revestir de representação. E, como assinala o português Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, a:

prestação do mandatário, mesmo quando envolve a prática de actos materiais, tem por objecto fundamental um acto jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos de direito; pelo contrário, o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma actividade de carácter material, em que os actos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal.¹¹

No âmbito da preposição, vigora o princípio *dominus contemplatio*, ou seja, apesar da pessoa intermediária (preposto), o terceiro deve se orientar tendo em vista o preponente, perante o qual ele se vincula. No ponto, é curioso lembrar-se dos administradores, nomea-

9 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit. p. 648.

10 Observe-se a lição de Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, relativamente à distinção entre mandato e representação: “Pode, no entanto, considerar-se hoje definitivamente assente que mandato e representação são figuras autônomas: nem todo o mandato é representativo, nem toda a representação voluntária se constitui e desenvolve nos quadros do mandato. A doutrina mais recente, nacional e estrangeira, tem chamado a atenção não só para a possibilidade de o mandato ser desacompanhado de representação, mas também para o facto de a representação voluntária ou convencional se basear muitas vezes noutros contratos, designadamente em contratos de prestação de serviço” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *O mandato sem representação*. Lisboa: Atica, 1961, p.21-22).

11 Ibidem. p. 229.

damente dos diretores da companhia, que acabam por (re)presentar esta nos negócios. Neste caso, é como se o diretor fosse a encarnação da sociedade no negócio.

Enfim, pode-se conceituar a preposição como o negócio de intermediação concreta do preponente perante terceiros, contendo ou não representação, conforme as e nos limites das atribuições do preposto na organização empresarial.

2. Direito empresarial e prepostos.

A atividade empresarial, como visto, em geral, demanda o elemento humano para a sua realização, e é por essa razão que o Livro do Direito de Empresa consagra uma disciplina específica para os prepostos, os sujeitos que intermedeiam a atuação do empresário com os seus clientes. A codificação não se contenta com a previsão genérica da representação, até porque, como se viu, as figuras não se confundem.

Com respeito, no entanto, à preposição e à heterogeneidade com que os prepostos são estampados no Livro do Direito de Empresa, Mairan Gonçalves Maia Júnior esclarece, *litteris*:

O conceito de preposição não é uniforme nem unívoco, pois abrange múltiplas e distintas formas de intervenção ou cooperação de terceiros. O preposto concorre para a realização dos interesses do preponente, assumindo esse concurso inúmeras possibilidades: revela-se algumas vezes como mero núncio ou mensageiro do preponente, como, por exemplo, na situação prevista no art. 1.171 do CC; em outras ocasiões assume a função de auxiliar ou de interveniente material no exercício de atribuições ou deveres próprios do preponente, *v. g.*, o art. 1.177; ou pode ainda atuar como representante do proponente.¹²

12 MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit. p. 64.

Contudo, essa diversidade, própria da especialização que permeia as funções distribuídas na vida dos negócios, aconselha algumas classificações, a fim de ser melhor compreendida. De maneira geral, os prepostos são agentes auxiliares do titular da empresa, para a consecução do objeto desta, e podem ser classificados, quanto à subordinação, em subordinados e autônomos. Preponderantemente, a codificação em vigor trata dos prepostos subordinados, podendo sua sistemática ser aplicada a outras hipóteses, inclusive pelo conteúdo genérico que se percebe nos artigos 1.177 e 1.178. Como autônomo, regula nominalmente apenas o contabilista.

Além dessa dicotomia, há outra, conforme a graduação, as funções e as extensões destas, assim explicada por Carvalho de Mendonça, *in verbis*:

Na primeira classe, compreendem-se os prepostos que administram o negócio ou a casa comercial, representando o proprietário, do qual se tornam o *alter ego*, e denominam-se *feitores* ou *gerentes*.

Na segunda classe, alistam-se os simples auxiliares dentro ou fora do estabelecimento. Estes são coadjuvantes, meros instrumentos de actos jurídicos alheios (*ut operam suam accomodarent nobis*).¹³

De fato, para se tornar preposto, não é necessário nenhum ato formal; a preposição pode aperfeiçoar-se até verbalmente. Para a segurança jurídica do empresário e de terceiros, no entanto, certas preposições devem ganhar a seara da formalidade, como se verá mais adiante, no caso do preposto gerente, cujo respectivo instrumento deve ser levado a registro na Junta Comercial (artigo 1.174 do Código Civil).

Cabe asseverar que o relativamente incapaz, maior de 16 e

13 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Op. cit. p. 41.

menor de 18 anos, pode ser mandatário e, portanto, preposto idôneo a vincular o preponente, na vocação do artigo 666 do Código Civil¹⁴.

2.1. Disposições gerais sobre os prepostos no Código Civil.

O Código Civil, em seu artigo 1.169, dispõe que o “preposto não pode, sem autorização escrita, fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas”, ou seja, estipula-se que o negócio que vincula as partes, acometendo aos prepostos determinadas tarefas no cenário da organização empresarial é *intuitu personae*. Levam-se em conta as qualidades pessoais do preposto, a quem é vedado, salvo por autorização escrita, substituir-se no desempenho da preposição.

Violada tal proibição, a lei atribui ao preposto responsabilidade pessoal pelos atos do seu substituto e pelas obrigações por este contraídas. Como corolário, o preponente não responde por atos ou obrigações entabulados pelo substituto não autorizado do preposto. Nesse caso, não se vincula o empresário preponente, mas sim o preposto indevidamente substituído (sem autorização escrita do titular da empresa).

A propósito, cuidando das obrigações dos prepostos perante o preponente, Carvalho de Mendonça afirma que elas podem se reduzir a: (i) prestar com diligência, zelo e honestidade, os serviços contratados; (ii) exercer pessoalmente as suas funções, não podendo, em princípio, delegá-las; e (iii) guardar reserva de tudo quanto souber relativamente à casa comercial¹⁵.

14 Confira-se: “Art. 666. O maior de 16 (dezessex) e menor de 18 (dezoito) anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais aplicáveis às obrigações contraídas por menores”.

15 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Op. cit. p. 447.

O segundo ditame das disposições gerais sobre os prepostos no Código Civil, o artigo 1.170, dispõe que:

o preposto, salvo autorização expressa, não pode negociar por conta própria ou de terceiro, nem participar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retirados pelo preponente os lucros da operação.

Tal regra tem por fundamento o princípio da boa-fé e o dever de lealdade do preposto¹⁶, que não pode se imiscuir em negócios próprios ou de terceiros no mesmo gênero das operações que lhe são cometidas na intimidade organizacional do respectivo preponente, exceto quando haja autorização expressa.

De fato, essa vedação tem por objetivo evitar a concorrência desleal por parte do preposto, assegurando ao preponente o direito a perdas e danos – o que não necessitava de previsão expressa –, bem como o direito a percepção dos lucros da operação. Quanto a este segundo direito, o Código inova em matéria de responsabilidade, pois vai além do conteúdo tradicional, que engloba os danos emergentes e os lucros cessantes. Assegura ao preponente o direito aos lucros obtidos pela operação entabulada pelo preposto desleal, o que revela maior rigor com a hipótese.

No artigo 1.170, note-se, a autorização basta ser expressa, não necessitando ser escrita, diferentemente do que sucede na ambiência do dispositivo imediatamente anterior, abordado há algumas linhas.

Ainda na seara das disposições gerais sobre os prepostos, o artigo 1.171 estatui que “Considera-se perfeita a entrega de papéis,

16 No Código Civil italiano, o artigo 2105, que se insere no âmbito da disciplina do vínculo do preposto subordinado, traz norma de teor semelhante, tratando expressamente do dever de fidelidade. Confira-se: “2105. *Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzatore e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*”.

bens ou valores ao preposto, encarregado pelo preponente, se os recebeu sem protesto, salvo nos casos em que haja prazo para reclamação”.

Assim, a entrega feita ao preposto, por disposição legal, equipara-se àquela feita ao preponente.

Comentando esse dispositivo, observa João Luiz Coelho da Rocha, *in verbis*¹⁷:

Conta-se que, agora com um trato legal sistemático, orgânico, da figura do preposto, se veja enfim mais bem definido esse âmbito de responsabilização da empresa em tantos casos de importância prática, como, v.g., no recebimento de mercadorias para fins de, qualificando juridicamente a entrega, proporcionar ao remetente, acaso sacador de uma duplicata, poder protestar o título, se este não tiver sido aceito, e proceder à execução contra a sociedade adquirente das mercadorias ou mesmo ao requerimento falimentar.

Rachel Sztjn e Priscila Fonseca lembram que realizados¹⁸:

os atos ou negócios previstos, deve o preposto deles prestar contas, o que significa entregar documentos, bens ou valores ao preponente que, se os recebe sem ressalvas ou reservas, libera o preposto de qualquer responsabilidade do desempenho das funções.

Registre-se que, ao disciplinar o transporte de coisas, o Código Civil, em seu artigo 750, estabelece que a responsabilidade do transportador “*começa no momento em que ele, ou seus prepostos, re-*

17 ROCHA, João Luiz Coelho. Os Prepostos das Sociedades no Novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, 135. São Paulo: Malheiros, jul./set. 2004, p. 91.

18 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da et Sztjn, Rachel. *Código Civil Comentado*, XI. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 859.

cebem a coisa”, tratando-se, indisputavelmente, de manifestação específica daquela norma genérica do artigo 1.171. Confira-se:

Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

Em suma, essas são as regras gerais sobre os prepostos no Código Civil, disciplina que se estende, de modo indisputável, aos prepostos das companhias.

2.2. Da responsabilidade do preponente por atos dos prepostos.

O revogado artigo 75 do Código Comercial de 1850 já previa que:

Os preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos, praticados dentro das suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que se não achem autorizados por escrito.

Atualmente, o Código Civil de 2002, com pequenas alterações de redação, repete o conteúdo normativo anterior, ao estabelecer, no artigo 1.178, *in verbis*: “Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito”.

Embora esse dispositivo esteja localizado na seção relativa ao contabilista e outros auxiliares, é norma de abrangência genérica, que merecia melhor assento entre as disposições gerais. De qualquer

modo, ao lado da responsabilidade delineada no artigo 1.178, o Código Civil, no artigo 932, inciso III, fixa serem também responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Cuida-se de típica culpa *in eligendo*, pela qual o preponente responde pelo fato de, supostamente, ter escolhido mal o seu preposto.

Nesse sistema, a responsabilidade (*Haftung*) comunica-se a ambos, preponente e preposto, que podem ser acionados singular ou conjuntamente. O débito (*Schuld*), entretanto, é do agente causador do dano, ou seja, do preposto, que responde perante o preponente por culpa ou dolo. Disso deriva, inclusive e processualmente, a possibilidade de este denunciar eventual lide contra aquele, em razão do direito de regresso que lhe aproveita.

A respeito dos caracteres dessa responsabilidade, gerada por culpa *in eligendo*, a jurisprudência há muito é pacífica, valendo a pena conferir recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, cuja excertos da ementa se transcreve a seguir:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CITAÇÃO POR HORA CERTA. CONTESTAÇÃO APRESENTADA A DES-TEMPO. DESENTRANHAMENTO DA PEÇA DOS AUTOS. REVELIA. INAPLICABILIDADE, *IN CASU*, DO ART. 9º, II, DO CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA. SUBTRAÇÃO DA CARGA PELO MOTORISTA DO VEÍCULO TRANSPORTADOR. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ PELOS ATOS DE SEU PREPOSTO. INEXISTÊNCIA DE CASO FORTUITO OU MOTIVO DE FORÇA MAIOR.

[...]

3. É assente na Corte que a prática de atos ilícitos, atribuídos a terceiro, como por exemplo o roubo da carga a ser transportada, exclui a responsabilidade da empresa transportadora, por se revelar motivo de força maior.

4. Todavia, a apropriação indébita da carga objeto do contrato de transporte, quando praticada por preposto da empresa transportadora (in casu, o motorista do veículo) não exonera esta de sua responsabilidade, por não configurar hipótese de força maior e evidenciar, ainda, sua *culpa in eligendo*.

5. Não cumpre a esta Corte Superior, na via especial, ante o óbice do verbete sumular nº 07/STJ, perscrutar acerca dos motivos que ensejaram a contratação, pela empresa demandada, do motorista supostamente autor do delito ensejador da ação indenizatória, quando expressamente consignado, no v. aresto recorrido, que “a alegação do condutor do veículo ser conhecido da autora, que lhe impusera o nome como condição de realização do transporte, não encontra respaldo em documento hábil algum de prova”.

6. Recurso especial a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1229361-SP, Relator: Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador Convocado/RS, Data de Julgamento: 12.abr.2011. Data de Publicação: 25abr.2011) (grifos do autor).

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 1.178 da codificação civil prescreve que “Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor”.

Por fim, neste tópico, é interessante destacar que a responsabilidade ora abordada refere-se à esfera civil, e não penal. “A dependência ou subordinação de que falamos não é, como se vê, absoluta. Ella não poderia cobrir” – lembra Carvalho de Mendonça – “a responsabilidade pessoal do preposto que, cumprindo ordens do patrão, praticasse actos contrários à lei penal, como por exemplo, se falsificasse documentos, fraudasse credores, etc.”¹⁹ O preposto responde

19 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Op. cit. p. 487.

por delitos ou contravenções que venha a cometer no exercício da preposição, podendo o preponente, caso concorra para o fato, responder como co-autor ou partícipe, conforme o grau de sua culpabilidade.

2.3. Do excesso na preposição e seus efeitos.

Após estudada a responsabilidade do titular da empresa por atos de seus prepostos, cumpre, neste momento, averiguar a repercussão dos atos praticados por estes com excesso na preposição. Viu-se, há algumas linhas, nos termos do artigo 1.169, que o preposto, salvo autorização escrita, não pode se fazer substituir no exercício da preposição, sob pena de sua responsabilidade pessoal. Cuida-se, também, de hipótese de excesso, porém com disciplina legal expressa, e já abordada.

Neste tópico, pretende-se a análise dos efeitos do excesso na preposição. Quando o preposto atua além dos limites da preposição, vincula-se pessoalmente ou atinge a espera do preponente?

De toda a sistemática delineada no Código Civil, percebe-se que eventuais limitações aos poderes dos prepostos somente são oponíveis a terceiros quando estiverem averbadas no registro público ou se for de conhecimento deles. Em regra, não havendo limitação expressa, a conduta do preposto, ainda que com excesso, vincula o preponente, cabendo a este, em qualquer caso, exercer direito de regresso, segundo previsto no artigo 1.177 do Código Civil, melhor explicado mais adiante.

2.4. Do gerente.

Segundo o artigo 1.172 do Código Civil, “considera-se gerente o preposto no exercício permanente da empresa na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência”.

O gerente, assim, é preposto encarregado, em caráter permanente do exercício da empresa, da qual o preponente é titular. Por essa razão, inclusive, o artigo 1.173 prevê que “quando a lei não exigir poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados”.

No direito português, nomeadamente no Código Comercial, como bem assinala António Menezes Cordeiro, o “gerente tem, nos termos gerais do mandato comercial, confirmado pelos artigos 250º e 251º, poderes de representação. A limitação de tais poderes é inoponível a terceiros, ‘salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram’. Temos, aqui, uma específica forma de tutela da confiança dos terceiros e da comunidade em geral, tutela essa que é reforçada pela sujeição da situação de gerência comercial ao registo mercantil – 10º, a), do CRC”²⁰.

Referido Código Comercial ocupa-se, ainda, de disciplinar a figura do auxiliar, diferenciando-o daquele que exerce a gerência. Nos dizeres António Menezes Cordeiro, pontua que o “auxiliar distingue-se do gerente pelo seguinte: enquanto este tem mandato geral – 248º e 249º – o auxiliar tem mandato apenas para tratar de algum ou alguns ramos do tráfego do proponente – 256º”²¹.

Registre-se, inicialmente, que o gerente, de que trata o artigo 1.172 do *codex* não se confunde com a antiga figura do sócio gerente, da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. O sócio gerente passou a ser tratado, no âmbito do Código de 2002, sob o nome de administrador, podendo ser pessoa estranha aos membros da sociedade.

Na hipótese dos gerentes das companhias – frise-se: não os

20 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2001. v. I, p. 486.

21 *Ibidem*. p. 487.

administradores –, serão investidos em tal função por ato da diretoria, segundo prevê o parágrafo único do artigo 144 da Lei nº 6.404/76. Confira-se:

Art. 144. [...]

Parágrafo único. Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado.

Como o artigo 1.173 confere poderes para o gerente realizar os atos necessários à sua função; eventuais limitações, “para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente”, nos termos do artigo 1.174.

De acordo com o artigo 1.175 do Código Civil, o preponente responde com o gerente pelos atos que este pratique em nome próprio, mas à conta daquele.

Em suma, o gerente é o preposto com maiores poderes, sendo suas limitações apenas oponíveis perante terceiros no caso de estarem averbadas no Registro Público de Empresas. Como visto, ainda que realize atos em nome próprio, mas por conta do preponente, este se obriga.

Por derradeiro, o artigo 1.176 do Código Civil prescreve que o “gerente pode estar em juízo em nome do preponente, pelas obrigações resultantes do exercício da sua função”.

Inicialmente, da leitura dessa disposição, emerge uma questão topológica. Encontra-se na Seção II (Do Gerente), e não entre as disposições gerais, surgindo a dúvida se todo e qualquer preposto poderia estar em juízo em nome do preponente ou somente aquele mandatário gerente.

Na verdade, todo e qualquer preposto – em regra, empregados do empresário ou da sociedade empresária – estão habilitados a comparecer em juízo em nome do preponente, desde que municiados de uma carta de preposição, que é um instrumento de representação para a prática de um determinado ato processual. Por exemplo, comparecer a uma audiência. Nessa carta, hão também de ser especificados os poderes conferidos ao preposto pelo preponente.

A norma do artigo 1.176 da codificação, ao regular que o gerente (espécie de preposto) pode estar em juízo em nome do preponente, a rigor, agrega valor ao sistema, tão somente, no sentido de não se exigir a carta de preposição na espécie. Como o gerente detém mandato com poderes gerais, normalmente registrado na Junta Comercial, isto, somado à disposição legal em referência, é o *quantum satis* para que esteja em juízo em nome do empresário individual ou coletivo, desde que em processos resultantes do exercício de sua função.

De toda sorte, apesar da clareza do dispositivo legal, na prática, recomenda-se que, em todo e qualquer caso, tratando-se de preposto gerente ou não, a empresa deve conferir-lhe a carta de preposição, com o intuito de evitar discussões de somenos importância no âmbito dos eventos judiciais.

Cumpra, ainda, asseverar que o artigo 1.176 não guarda qualquer relação com a figura da substituição processual, disciplinada no Código de Processo Civil. Nesta, é permitido a alguém demandar em nome próprio direito alheio, hipótese que não guarda qualquer semelhança com a da preposição por gerente.

2.5. Do contabilista.

Como já mencionado, o Código Civil, ao cuidar dos prepostos, traz disposição expressa quanto ao contabilista, nos seguintes termos:

Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos

encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fosse por aquele.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os proponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

O *caput* e o parágrafo único acima transcritos, em certa medida, encontram conteúdo semelhante nos artigos 77 e 78 do Código Comercial²², revogados pelo Código Civil de 2002.

Por contabilista, aponta Gladston Mamede, deve-se entender “o profissional devidamente inscrito no Conselho Regional de Contabilidade”²³. Esse profissional, seja em caráter autônomo, seja dependente, neste caso, subordinado à estrutura do sujeito empresário, realiza os lançamentos contábeis como se fosse o próprio titular da empresa.

É interessante destacar o modo disjuntivo de responsabilidade previsto no parágrafo único do artigo 1.177, que assim dispõe: “no exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os proponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos”.

Embora situado em parágrafo vinculado a dispositivo relativo ao contabilista, tal regra estende-se por todos os prepostos, ou seja, por atos culposos, respondem perante os respectivos proponentes;

22 O *caput* do art. 1.177 equivale, com leves particularidades, ao art. 77 do Código Comercial de 1850, que previa: “Art. 77. Os assentos lançados nos livros de qualquer casa de comércio por guarda-livros ou caixeiros encarregados da escrituração e contabilidade produzirão os mesmos efeitos como se fossem escriturados pelos próprios proponentes.” Por sua vez, seu parágrafo único também se assemelha ao art. 78 daquele mesmo *codex* (“art. 78. Os agentes de comércio sobreditos são responsáveis aos preponentes por todo e qualquer dano que lhes causarem por malversação, negligência culpável, ou falta de exata e fiel execução das suas ordens e instruções, competindo até contra eles ação criminal no caso de malversação”).

23 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2004. v. I, p. 330.

por atos dolosos, respondem com os preponentes perante terceiros. De qualquer maneira, registre-se que, da interpretação da norma, tanto por atos culposos como por atos dolosos, o preposto responde perante o preponente, a quem é reservado o direito de regresso.

Neste item, vale lembrar, por derradeiro, que o contabilista de que fala o Código Civil, encarregado de fazer os lançamentos contábeis da sociedade empresária, não se confunde, no caso das companhias, com os auditores independentes, tantas vezes mencionado na Lei nº 6.404/76. Tais profissionais, a rigor, procedem à análise, à auditoria, das demonstrações contábeis da sociedade, mas não as fazem.

Conclusão.

Os prepostos podem ou não ostentar representação da sociedade e, quando a têm, dá-se nos limites de sua atuação ordinária, ou seja, representam o empresário ou a sociedade empresária apenas no necessário para o desenvolvimento de suas atribuições. Em regra, nada além. Para atos extraordinários é indispensável a existência de meio documental autorizativo.

Dessa maneira, por exemplo, ao entabular um determinado negócio com uma sociedade por ações, o terceiro deve aferir se o preposto que se apresenta pelo ente coletivo, detém representação idônea a vincular a companhia. Em casos de negócios extraordinários, estranhos à vocação normal da concretização do objeto social, o terceiro deve investigar elementos formais acerca da idoneidade da representação.

De toda sorte, o Código Civil, ao disciplinar, de modo abrangente, a figura dos prepostos empresariais – inclusive das sociedades por ações –, imprimiu maior segurança jurídica às relações oriundas do tráfico mercantil. Com efeito, esse regramento genérico, com delineamentos da colaboração, da representação e das responsabilidades

dos prepostos, bem assim da vinculação do preponente, em regra, por atos dos prepostos, torna jurídicas expectativas que antes se colhiam dos costumes ou da aplicação indireta de normas estranhas ao direito comercial. Sem dúvida, o socorro à teoria da aparência, tão cara à compreensão do direito comercial, não será mais tão frequente na espécie.

Enfim, apesar do atual contexto tecnológico, o ser humano preposto continua essencial para o desenvolvimento de parte significativa das atividades empresariais, e assim deve permanecer.

ORGANIZAÇÕES PRIVADAS, AGENTES PÚBLICOS E CONFLITO DE INTERESSES: RISCO DE CORRUPÇÃO E CAMINHOS PARA SUA MITIGAÇÃO¹

CONFLICTS OF INTEREST BETWEEN THE PUBLIC AND THE PRIVATE SECTORS: RISK OF CORRUPTION AND PATHWAYS FOR ITS MITIGATION

Mauricio Moreira Menezes

Resumo: o objetivo deste artigo consiste em examinar o problema do conflito de interesses entre agentes públicos e privados e, assim, os riscos que tal conflito podem causar, especialmente com relação à prática de atos de corrupção. A partir dessa análise, são examinadas formas de mitigação de riscos, tendo como ponto de partida a legislação específica sobre conflito de interesses e sua integração com a lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Palavras-Chave: Corrupção. Anticorrupção da empresa. Conflito de interesses.

Abstract: The purpose of this article is to examine the issue of conflict of interests between government representatives and the private sector and the risks that such conflict may cause, especially in connection with the practice of corruption acts. Having such analysis as the starting point, we examine alternatives to mitigate such risk

¹ Artigo recebido em 01.12.2018 e aceito em 14.12.2018.

based on the specific legislation about conflict of interests and its integration with Brazilian Anti-Corruption Act (Law No 12.846).

Keywords: Corruption. Business Anti-corruption. Conflict of interests.

Sumário: Introdução. 1. Casos recentes de forte repercussão nacional. 2. Revolving-door syndrome. 3. Mitigação de riscos. Conclusão.

Introdução

Dentre os temas usualmente estudados sob a perspectiva da anticorrupção, o conflito de interesses assume significativa relevância para o Direito e, em particular, para o Direito de Empresa, visto que resulta, frequentemente, de relações havidas entre agentes públicos e organizações empresárias, sem falar nas hipóteses em que a mesma pessoa figura em ambas posições (pública e privada).

São casos que se aproximam de outras situações disciplinadas pelo Direito Societário, como as que ocorrem com os administradores e controladores de companhias (art. 156, da Lei nº 6.404/76, além de algumas hipóteses exemplificativamente listadas no art. 117, § 1º, dessa lei).

Logo, é imperativa a concentração de esforços para a devida compreensão do problema do conflito de interesses no âmbito das relações entre agentes públicos e privados, porquanto pode dar causa à prática de atos de corrupção, assim entendidos como aqueles lesivos à Administração Pública, tal como elencados no art. 5º, incisos I a V, da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”).

A literatura sobre o tema é numerosa, especialmente aquela relativa a estudos sobre ciência política. Dentre as inúmeras obras publicadas, há significativas contribuições para o esclarecimento de aspectos

jurídicos que envolvem o conflito de interesses de agentes políticos e a prática de corrupção.²

2 Além de outras obras citadas ao longo deste artigo, vale mencionar as seguintes: ATKINSON, Michael; MAUREEN, Mancuso. Edicts and Etiquette: Regulating Conflict of Interest in Congress and the House of Commons. *Corruption and Reform*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 1-18, 1992; BRIEN, Andrew. Politics and Public Administration Group. *A Code of Conduct for Parliamentarians?* Parliament of Australia. Department of the Parliament Library. Research paper 2, 1998-1999. Disponível em: “http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp9899/99rp02#intro”. Acesso em: 12 jul. 2016; CAIN, Dylían M.; LOEWENSTEIN, George; MOOR, Don A. The dirty on coming clean: perverse effects of disclosing conflicts of interest. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 34, n. 1, p. 1-25, jan. 2005; CARNEY, Gerald. *Conflict of Interest: Legislators, Ministers and Public Officials*. Berlim: Transparency International, 1998; CARIUS, Manuel. *Cumuls et pantoufflages dans les trois fonctions publiques*. Paris: Berger-Levrault, 2001; CLARK, Kathleen, Regulating the Conflict of Interest of Government Officials. In: DAVIS, Michael; STARK, Andrew (Ed.). *Conflict of Interest in Professions*. New York: Oxford University, 2001; DOIG, Alan; SKELCHER, Chris. Ethics in Local Government: Evaluating Self-Regulation in England and Wales. *Local Government Studies*, Birmingham, v. 27, p. 87-108, 2001; DOLOWITZ, David P.; MARSH, David. Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making. *Governance*, Hoboken, v. 13, p. 5-23, jan. 2000; EDELMAN, Murray. *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana: University of Illinois, 1967; ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University, 1980; FABBRI NI, Sergio. Political Change without Institutional Transformation. What Can We Learn from the Italian Crisis of the 1990s? *International Political Science Review*, Los Angeles, v. 21, p. 173-196, abr. 2000; FABBRI NI, Sergio. The Italian Case of a Transition within Democracy. *Journal of South Europe and the Balkans*, Basingstoke, v. 8, p. 145-161, ago. 2006; FISHER, Louis. Congressional Checks on the Judiciary. In: CAMPBELL, Colton; STACK, John. Boulder. *Congress Confronts the Court*. Colo: Rowman and Littlefield, 2001; GEYD, Charles. *When Courts and Congress Collide: The Struggle for Control of America’s Judicial System*. Ann Arbor: University of Michigan, 2006; GILARDI, Fabrizio. Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis. *Journal of European Public Policy*, Londres, v. 9, p. 973-893, 2002; GINSBORG, Paul. *Silvio Berlusconi: Television, Power and Patrimony*. Londres: Verso, 2005; GREEN, Jeffrey. History of Conflicts Law. *Hamline Law Review*, Saint Paul, v. 26, p. 556-600, mar. 2003; GREENE, Ian. Conflict of Interests and the Canadian Constitution: An Analysis of Conflict of Interest Rules for Canadian Cabinet Ministers. *Canadian Journal of Political Science*, Cambridge, v. 23, p. 233-256, 1990; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis, F. Moral Conflict and Political Consensus. In: DOUGLASS, R. Bruce et al. *Liberalism and the good*. New York: Routledge, 1990; HIBBING, John R.; THEISS-MORSE, Elizabeth. *Congress as Public Enemy: Public Attitudes Toward American Political Institutions*. Cambridge: Harvard University, 1995; HINE, David. Silvio Berlusconi, the Media, and the Conflict of Interest Issue. *Italian Politics: A Review*, New York, v. 17, p. 291-309, 2003; KARLAN, Pamela S. Not by Money but by Virtue Won? Vote Trafficking and the Voting Rights System. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 80, p. 1455-1475, out. 1994; KAYE, Robert. Reluctant Innovators: Regulating Conflict of Interest within Washington and Westminster. In: BLACK, Julia; LODGE, Martin; THAT-

Segundo Giovanni Guzzetta, há três elementos cujo concurso caracteriza tal espécie de conflito: (i) posição juridicamente qualificada, seja ela social, econômica ou institucional (“legally qualified position”); (ii) dois diferentes interesses em contraste real ou potencial (“two different interests in actual or potential contrast”); e (iii) um po-

CHER, Mark. *Regulatory Innovation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. KINGSLEY, Jean-Pierre. *Conflict of Interest as a Part of Political Ethics: The Canadian Federal Government Experience*. Ottawa: Assistant Deputy Registrar General, 1989; LEIGH, David; VULLIAMY, Ed. Sleaze. *The Corruption of Parliament*. Londres: Fourth Estate, 1997; LEOPOLD, Patricia. The Regulation of standards of Conduct in Scotland, Wales and Northern Ireland. In: GAY, Oonagh; LEOPOLD, Patricia. *The Regulation of Parliamentary Behaviour*. Londres: Politicos, 2004; LEY, Jane. Managing Conflict of Interest in the Executive Branch: The Experience of the United States. In: _____. *Managing Conflict of Interest in the Public Service*. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 2003. p. 232-234; MCBRIDE, Ann. Ethics in Congress: Agenda and Action. *George Washington Law Review*, Washington, v. 58, p. 451-487, fev. 1990; MCANN, Michael. *Taking Reform Seriously: Perspectives on Public Interest Liberalism*. Ithaca, New York: Cornell University, 1986; MCFARLAND, Andrew S. *Common Cause: Lobbying in the Public Interest*. Chatham, New Jersey: Chatham House, 1984; NOLAN, Beth. Public Interest, Private income: Conflicts and Control Limits on the Outside Income of Government Officials. *Northwestern University Law Review*, Evanston, v. 87, p. 57-147, set. 1992; POLSBY, Nelson. The Institutionalization of the U.S. House of Representatives. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 62, p. 144-168, mar. 1968; REEVES, Robert. Legislators as Private Attorneys: The Need for Legislative Reform. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 30, p. 1052-1077, jun. 1983; RIDLEY, Frederick F.; DOIG, Alan. *Sleaze: Politicians, Private Interests and Public Reaction*. Oxford: Oxford University, 1995; ROBERTS, Robert N.; DOSS, Marion T. Public Service and Private Hospitality: A Case Study in Federal Conflict-of-Interest Reform. *Public Administration Review*, Hoboken, v. 52, p. 260-270, jun. 1992; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government*. New York: Cambridge University, 1990; ROSSI, Guido. *Il Conflitto Epidemico*. Milão: Adelphi, 2003; STANDARDS BOARD FOR ENGLAND. *Lobby Groups, Dual-Hatted Members and the Code of Conduct*. Londres: Standards Board for England, 2004; STARK, Andrew. Public Sector Conflict of Interest at the Federal Level in Canada and the U.S.: Difference in Understanding and Approach. *Public Administration Review*, Hoboken, v. 52, p. 427-437, set./out. 1992; STARK, Andrew. Beyond Quid Pro Quo: What is Wrong with Private Gain for Public Office? *American Political Science Review*, Cambridge, v. 91, p. 108-120, mar. 1997; STARK, Andrew. *Conflict of Interest in American Public Life*. Cambridge: Harvard University, 2000; THOMPSON, Dennis F. *Ethics in Congress: From Individual to Institutional Corruption*. Washington D.C.: Brookings Institution, 1995; *Restoring Responsibility: Ethics in Government, Business and Healthcare*. Cambridge: Cambridge University, 2004; WALTER, J. Jackson. The Ethics in Government Act, Conflict of Interest Laws and Presidential Recruiting. *Public Administration Review*, Hoboken, v. 41, p. 659-665, nov./dez. 1981; WILLIAMS, Sandra. *Conflict of Interest: The Ethical Dilemma in Politics*. Londres: Gower, 1985; ZELICK, Graham. Bribery of Members of Parliament and the Criminal Law. *Public Law*, London, p. 31-58, 1979.

der-dever a ser cumprido, que decorre da posição pública ou privada (“power-duty stemming from a private or public office to discharge”).³

Assim, conflitos de interesse quanto aos problemas tratados neste artigo são frequentemente associados às situações em que o agente público busca a satisfação de interesse privado perante outro agente, público ou privado, sobre quem exerce algum poder ou influência, ou, ainda, faz uso de suas prerrogativas e competências institucionais para obtenção de vantagem particular, em ambos por força dos poderes inerentes ao cargo ou função que desempenha.

A questão será tratada a partir de comentários a casos brasileiros de conflito de interesses publicamente conhecidos, seguindo-se com o exame do fenômeno conhecido como “revolving-door syndrome” e de medidas tendentes à mitigação dos riscos de cometimento de atos de corrupção.

1. Casos recentes de forte repercussão nacional.

Dois escândalos recentes no Brasil ajudam a compreender a dimensão das situações de conflito de interesses.

O primeiro deles enquadra a pretensão do então Ministro de Estado da Secretaria de Governo, Geddel Vieira Lima, de manipular a obtenção de licença para a construção de empreendimento imobiliário denominado “La Vue Ladeira da Barra”, no centro histórico da cidade de Salvador, Estado da Bahia, com referência ao qual aquele agente público adquiriu o direito e ação sobre uma das unidades residenciais, por meio de promessa de compra e venda (art. 1417, do Código Civil). Para esse efeito, tornou-se pública a versão de que te-

3 GUZZETTA, Giovanni. Legal standards and ethical norms: defining the limits of conflicts regulations. In: TROST, Christine; GASH, Alison L. (Ed.). *Conflict of Interest and Public Life: Cross-National Perspectives*. New York: Cambridge University, 2008. p. 23.

ria ele exercido tráfico de influência junto ao então Ministro de Estado da Cultura, Marcelo Calero, o qual estaria em condições de reverter administrativamente o embargo pleiteado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (“IPHAN”), uma vez que tal órgão se encontra vinculado ao Ministério da Cultura.⁴

Marcelo Calero disse publicamente que foi contatado repetidamente por Geddel e seus interlocutores para conceder a referida licença ou para enviar o caso para a Advocacia-Geral da União. Nos dizeres de Calero: “Ele [Geddel] pediu minha interferência para que isso acontecesse, não só por conta da segurança jurídica, mas também porque ele tem um apartamento naquele empreendimento. Ele disse: ‘E aí, como é que eu fico nessa história?’”.⁵

4 Há um sem número de reportagens sobre o escândalo, sendo útil destacar a publicada pelo sítio “g1.globo.com” em 19.11.2016. O IPHAN ressaltou em nota que o projeto do prédio prevê a construção de 31 pavimentos, equivalentes a 97,88 metros de altura, tendo sido emitido em maio de 2016 parecer no sentido da incompatibilidade do projeto com o local de sua realização, por conta do forte impacto paisagístico. Disse ainda que resolveu embargar a obra “considerando todas as argumentações técnicas e jurídicas apresentadas ao instituto” e após a realização de uma série de estudos técnicos. Por fim, menciona que, “diante da decisão, cabe ao empreendedor, se desejar, apresentar nova proposta de edificação que respeite visibilidade e ambiência dos bens protegidos”. O parecer definitivo do IPHAN, datado de 16.11.2016, determina que o empreendimento se enquadre aos preceitos normativos aplicados ao caso, reduzindo a quantidade de andares. A decisão do órgão foi motivada por possíveis impactos da construção nos bens tombados que se localizam na mesma área do edifício, como o forte e farol de Santo Antônio da Barra, o forte de Santa Maria, o conjunto arquitetônico e paisagístico do Outeiro e a igreja de Santo Antônio (G1. Ex-ministro diz a jornal que sofreu pressão de Geddel para liberar obra. *Portal G1.globo.com*. Brasília, 19 nov. 2016. Disponível em: “<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/ex-ministro-diz-jornal-que-sofreu-pressao-de-geddel-para-liberar-obra.html>”. Acesso em: 04 dez. 2016).

5 A Advocacia-Geral da União publicou em 24.11.2016 a seguinte nota: “Sobre as declarações do ex-ministro da Cultura veiculadas recentemente, a Advogada-Geral da União, Grace Mendonça, vem a público afirmar que jamais recebeu orientações para direcionamento nas manifestações da Advocacia-Geral da União e que tampouco aceitaria qualquer tipo de interferência na atuação independente e técnica do corpo jurídico da instituição. Qualquer afirmação em contrário é inverídica e leviana. O que consta a respeito do caso noticiado é um pedido para avaliar uma possível divergência jurídica entre órgãos da administração, uma vez que dirimir conflitos jurídicos é uma das funções da AGU. As eventuais questões jurídicas relacionadas ao caso foram examinadas pela própria Procuradoria do Iphan, órgão competente para

O ex-Ministro da Cultura pediu demissão em 18.11.2016 e passou a dar uma série de entrevistas sobre o caso na imprensa, fato que gerou forte repercussão na opinião pública e na classe política, ensejando inclusive a abertura de investigação específica sobre a prática de ato ilícito, além da apresentação de pedido de “impeachment” do Presidente da República.⁶

analisá-las. Tecnicamente, a unidade entendeu que a presidente do Iphan é competente para a anulação de ato da Superintendência estadual e que poderia decidir o caso concreto, conforme os critérios que a área técnica entendesse pertinentes. Noutras palavras, a AGU, no caso, atuou dentro dos estritos limites de sua competência constitucional, pelo seu órgão setorial competente (Procuradoria junto ao Iphan), e tendo como parâmetro a legislação de regência, sem qualquer tipo de interferência ou pressão. Como servidora pública, membro da AGU, com reputação ilibada e trajetória profissional marcada por uma atuação ética e voltada ao interesse público e da instituição a qual representa há 15 anos, Grace Mendonça considera irresponsável o envolvimento de seu nome no episódio e insensatas as declarações veiculadas. A Advogada-Geral da União reafirma peremptoriamente que não há qualquer possibilidade de construir qualquer solução jurídica que não seja fundamentada na Constituição da República e no ordenamento jurídico pátrio.” (BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Nota Pública*. Brasília, 24 nov. 2016. Disponível em: “http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/474606”. Acesso em: 04 dez. 2016).

6 O pedido de “impeachment” foi formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em 28.11.2016, constando da petição de denúncia de crime de responsabilidade os seguintes argumentos: “No dia seguinte ao jantar no Alvorada, CALERO atendeu por telefone ELISEU PADILHA e CARLOS HENRIQUE SOBRAL, seu Chefe de Gabinete, respondendo, a ambos, indagações sobre o procedimento de um possível recurso à decisão do IPHAN. No mesmo dia, foi convocado pelo Presidente a comparecer no Palácio do Planalto, para reunião na qual TEMER lhe disse que a decisão do IPHAN teria causado ‘dificuldades operacionais’ em seu gabinete, e que GEDDEL se encontrava bastante irritado. Solicitou que CALERO construísse uma saída para que o processo fosse encaminhado à AGU, pois a Ministra GRACE MENDONÇA teria uma solução e, ao final da conversa, disse que ‘política tinha dessas coisas, esse tipo de pressão’. MARCELO CALERO afirmou à Polícia Federal ter ficado bastante desapontado ao fim dessa conversa, visto que havia sido advertido pelo Presidente da República por não ceder à pressão de seu aliado estreito para que praticasse ato ilegal. Ou seja, foi advertido por agir corretamente. Nas palavras do então Ministro da Cultura, o ora denunciado o havia ‘enquadrado’, não restando outra saída que não o pedido de demissão. No mesmo dia à noite, CALERO retornou ao Planalto para informar a TEMER sua decisão de deixar o cargo. No dia seguinte, 18, MARCELO CALERO recebeu uma ligação de GUSTAVO ROCHA, Secretário de Assuntos Jurídicos da Casa Civil e Conselheiro titular do CNMP, que comunicou que havia entrado com o recurso da decisão administrativa junto ao IPHAN e ao Ministério da Cultura, e que os autos do processo deveriam ser encaminhados à AGU. CALERO respondeu que não tomaria qualquer decisão naquele processo, e que já havia conversado sobre isso com o Presidente da República. GUS-

Por sua vez, Geddel Vieira Lima pediu demissão após Marcelo Calero citar a intervenção do Presidente da República, por ocasião de seu depoimento à Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado, órgão da Polícia Federal, dizendo “que foi chamado por Temer e ‘enquadrado’ para resolver a questão com Geddel”.⁷

A confirmação dos fatos divulgados pela imprensa e objeto de investigação pela Polícia Federal evidenciou que o ex-Ministro da Secretaria de Governo atuou em conflito de interesses, exercendo sem limites sua influência para obtenção de benefício privado e incorrendo em grave ilegalidade. Na sequência, o referido ex-Ministro foi preso preventivamente e denunciado várias vezes por outros ilícitos criminais, dentre os quais a ocultação de aproximadamente R\$ 51 milhões de reais em espécie, fruto de corrupção, encontrados em um apartamento situado na cidade de Salvador e apreendidos pela Polícia Federal em 05.09.2017.⁸

A segunda hipótese diz respeito ao conflito de interesses no âmbito do Poder Legislativo e relaciona-se com a votação, no ano de 2016, de projeto de lei que dispõe sobre normas de combate à corrupção.

TAVO ROCHA, por sua vez, disse que também havia conversado com TEMER, e que seu intuito era o de que o MARCELO CALERO encaminhasse os autos à AGU. CALERO afirma categoricamente que este ato demonstrava a insistência do Presidente da República para que ele interferisse indevidamente no andamento do processo. Esses fatos foram confirmados pelo Sr. Presidente da República em entrevista coletiva concedida à imprensa no Palácio do Planalto no dia 27/11/2016, ocasião em que o acompanharam os presidentes do Senado Federal e Câmara dos Deputados” (Disponível em: “http://download.uol.com.br/noticias/2016/11/28/impeachment_temer.pdf”. Acesso em: 4 dez. 2016).

7 G1. Veja repercussão política do pedido de demissão de Geddel Vieira Lima. *Portal G1.globo.com*. Brasília, 25 nov. 2016. Disponível em: “<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/veja-repercussao-politica-do-pedido-de-demissao-de-geddel-vieira-lima.html>”. Acesso em: 04 dez. 2016.

8 A Ação Penal nº 1030 trata exatamente desse ilícito de ocultação de dinheiro em espécie. A denúncia foi apresentada perante o Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria-Geral da República em 05.12.2017 e encontra-se pendente de julgamento.

O caso iniciou-se em 20.03.2015, quando o Ministério Público Federal lançou publicamente a campanha “Dez Medidas Contra a Corrupção”, em evento realizado na Procuradoria-Geral da República, a fim de levar ao Congresso Nacional um pacote de medidas de prevenção e repressão à corrupção.⁹

A mobilização foi um sucesso e, em 21.03.2016, a proposta do Ministério Público superou a marca de dois milhões de assinaturas a favor das medidas, permitindo sua apresentação ao Congresso Nacional em forma de projeto de lei de iniciativa popular, o que veio a ser realizado em 29.03.2016, dando origem ao Projeto de Lei da Câmara nº 4.850/16 (“PL 4.850”).

Para que se tenha ideia do ambiente político prévio à votação do PL 4.850 pelo Plenário da Câmara dos Deputados, confira-se curto trecho da entrevista dada pelo então Deputado Relator, Onyx Lorenzoni, ao Jornal O Globo:

[Jornal O Globo] Diante da resistência de vários deputados, o sr. receia que o texto seja desfigurado?

[Deputado Onyx Lorenzoni] Tenho medo de que seja desfigurado. Não por causa do longo trabalho perdido, mas pela frustração que causaria na população. Depois, a mensagem errada que seria transmitida a uma sociedade tão flagelada pela corrupção e que vê nessas medidas a construção para um país mais justo. Sou de muita fé, e rezo para que o plenário da Câmara não faça bobagem. O plenário sabe que temos uma responsabilidade.

[Jornal O Globo] O sr. foi vaiado no plenário por colegas quando defendia seu texto.

9 O Ministério Público Federal organizou sítio na internet com informações detalhadas sobre as “Dez Medidas Contra a Corrupção”, contemplando não apenas seu texto, como amplo histórico sobre o assunto, artigos de doutrina, vídeos e questões atuais, incluindo-se dados sobre a tramitação do PL 4.850 no Congresso Nacional (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dez medidas contra a corrupção*. Disponibiliza informações sobre as dez medidas propostas pelo Ministério Público Federal para o combate à corrupção. Disponível em: “<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>”. Acesso em: 02 dez. 2016).

[Deputado Onyx Lorenzoni] Toda vez que se tenta chamar as pessoas à razão e mobilizar com base em argumentos racionais, muita gente aqui acha que não depende de ninguém, de dar satisfação, que vai ter eleitor de qualquer jeito. Com esse pacote, não vai dar mais para comprar eleitor e fazer caixa dois sem correr o altíssimo risco de ir para a cadeia. Muitas brechas serão fechadas. O crime de enriquecimento ilícito, que é estipulado pela ONU e pela OEA. E aí?! Olha, sou parlamentar há 21 anos, e meu patrimônio minguou.

[Jornal O Globo] O sr. falou que sofreu pressões insuportáveis de deputados citados em casos de corrupção.

[Deputado Onyx Lorenzoni] Era meu dever conversar com todos. Conversei com vários líderes, em conversas que começaram em minha casa, passaram por aqui (gabinete) e foram concluídas na casa do presidente da Câmara (Rodrigo Maia). Construimos um razoável entendimento, que não desfigurava o texto. Queriam que eu tirasse o reportante do bem, o teste de integridade, o acordo penal. E disse que não. Passamos terça trabalhando e, na quarta, me chamaram na casa do presidente. Insistiram em novas retiradas que mudariam dramaticamente o texto. Aí endureci. Aceitei um ou dois pontos, e outros não cedi. E foi aquela briga.¹⁰

O resultado da apreciação do PL 4.850 pelo Plenário da Câmara dos Deputados foi absolutamente desastroso. Na madrugada do dia 30.11.2016, com a atenção da sociedade brasileira voltada para as notícias sobre o trágico acidente aéreo que vitimou integrantes do time de futebol e da comissão técnica do Clube Chapecoense e, ain-

10 ÉBOLI, Evandro. 'Rezo para que o plenário não faça bobagem', diz relator de medidas contra corrupção. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 26 nov. 2016. Disponível em: "<http://oglobo.globo.com/brasil/rezo-para-que-plenario-nao-faca-bobagem-diz-relator-de-medidas-contra-corrupcao-20538253#ixzz4R371kgEI>". Acesso em: 25 nov. 2016.

da, 21 profissionais da imprensa, ocorrido 2 dias antes, o texto do PL 4.850 foi amplamente descaracterizado, gerando manifestações de desaprovação por parte de diversas entidades de classe – como a magistratura e o Ministério Público – além da população, que foi às ruas em 04.12.2016 para protestar.¹¹

Nesse sentido, das dez medidas propostas pelo Ministério Público Federal, somente quatro foram mantidas (medidas de transparência a serem adotadas por tribunais, criminalização da contabilidade paralela, chamada de “caixa dois eleitoral”, o agravamento de pe-

11 CALGARO, Fernanda. Câmara retira seis propostas do MPF e desfigura pacote anticorrupção. *Portal G1.globo.com*. Brasília, 30 nov. 2016. Disponível em: “<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contracorrupcao.html>”. Acesso em: 5 dez. 2016. Veja-se a nota oficial divulgada pela Procuradoria-Geral da República: “Foram mais de dois milhões de assinaturas. Um apoio maciço da sociedade brasileira, que também por outros meios se manifestou. Houve o apoio de organismos internacionais. Foram centenas de horas de discussão, de esclarecimento e de um debate sadio em prol da democracia brasileira. Foram apresentadas propostas visando a um Brasil melhor para as futuras gerações. No entanto, isso não foi o suficiente para que os deputados se sensibilizassem da importância das 10 Medidas de Combate à Corrupção. O resultado da votação do PL 4850/2016, ontem, colocou o país em marcha a ré no combate à corrupção. O Plenário da Câmara dos Deputados desperdiçou uma chance histórica de promover um salto qualitativo no processo civilizatório da sociedade brasileira. A Casa optou por excluir diversos pontos chancelados pela Comissão Especial que analisou as propostas com afinco. Além de retirar a possibilidade de aprimorar o combate à corrupção – como a tipificação do crime de enriquecimento ilícito, mudanças na prescrição de crimes e facilitação do confisco de bens oriundos de corrupção –, houve a inclusão de proposta que coloca em risco o funcionamento do Ministério Público e do Poder Judiciário, a saber, a emenda que sujeita promotores e juízes à punição por crime de responsabilidade [...] As 10 Medidas contra a Corrupção não existem mais. O Ministério Público Brasileiro não apoia o texto que restou, uma pálida sombra das propostas que nos aproximariam de boas práticas mundiais. O Ministério Público seguirá sua trajetória de serviço ao povo brasileiro, na perspectiva de luta contra o desvio de dinheiro público e o roubo das esperanças de um país melhor para todos nós. Nesse debate, longe de qualquer compromisso de luta contra a corrupção, vimos uma rejeição violenta e irracional ao Ministério Público e ao Judiciário. A proposta aprovada na Câmara ainda vai para o Senado. A sociedade deve ficar atenta para que o retrocesso não seja concretizado; para que a marcha seja invertida novamente e possamos andar pra frente.” (JANOT, Rodrigo. Procuradoria-Geral da República. *Nota da Procuradoria-Geral da República sobre a votação das 10 Medidas contra a Corrupção*. Brasília, 30 nov. 2016. Disponível em: “<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/nota-da-procuradoria-geral-da-republica-sobre-a-votacao-das-10-medidas-contracorrupcao>”. Acesso em: 5 dez. 2016).

nas para a punição da prática do crime de corrupção e a limitação do uso de recursos com o fim de atrasar processos) e, ainda assim, de modo diferente do que constava do substitutivo submetido à votação pela comissão especial instituída pela Câmara.

Foram retirados do texto importantes medidas anticorrupção, dentre as quais sobressaem:

- (i) os incentivos à figura do “whistleblower”, também conhecido como “reportante do bem”, de relevante função no combate à corrupção;
- (ii) a previsão de celebração de acordos de leniência pelo Ministério Público;
- (iii) a tipificação do crime de enriquecimento ilícito de servidores públicos e o confisco dos bens relacionados ao crime;
- (iv) a perda civil de bens que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita, sem direito a indenização, providência que configura outra relevante medida anticorrupção, amplamente internacionalizada;
- (v) a responsabilização dos partidos políticos e a suspensão do registro da legenda por crime grave;
- (vi) acordos entre defesa e acusação em processos criminais relacionados a delitos de menor gravidade, com a definição de pena entre as partes, sujeita à homologação pelo Poder Judiciário, na tentativa de simplificar e conferir celeridade à solução de referidos processos.

Os deputados atuaram em notório conflito de interesses, uma vez que, segundo amplamente divulgado, vários deles eram investigados criminalmente por desvios de conduta, dentre os quais a prática de corrupção. Além das exclusões acima mencionadas, aproveitaram a oportunidade para incluir no texto normas sobre a responsabilização de magistrados e membros do Ministério Público por crime de

abuso de autoridade (arts. 8º e 9º do texto final do PL 4.850, que elenca uma série de hipóteses configuradoras do abuso, algumas com sentido pouco objetivo, como “ser patentemente desidioso no cumprimento de suas atribuições” e “proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo”), embora houvessem recuado na proclamada intenção de inserir no PL 4.850 a chamada anistia aos crimes ligados à contabilidade paralela de doações eleitorais, por conta da forte rejeição popular, manifestada dias antes.¹²

Na sequência dos fatos, o Presidente do Senado, Renan Calheiros, colocou em votação requerimento de urgência para que o PL 4.850 fosse votado pelo Plenário na noite de 30.11.2016, data de seu

12 Leia-se curto trecho da matéria jornalística sobre os fatos imediatamente antecedentes à votação do PL 4.850 no Plenário da Câmara: “Depois da imensa reação negativa ao movimento da semana passada para aprovar a anistia de crimes ligados a doações eleitorais, o presidente da Câmara, Rodrigo Maia (DEM-RJ), disse ontem que a votação dos pontos polêmicos do projeto das dez medidas de combate à corrupção será feita nominalmente [...] Na semana passada, líderes partidários dos principais partidos da Casa se reuniram na casa de Maia para discutir pontos do relatório das medidas anticorrupção apresentado pelo deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS) e também a apresentação de emendas, como a da anistia, na votação em plenário [...] A votação foi adiada para amanhã, e líderes devem apresentar emendas para modificar o texto de Lorenzoni.” (BRAGA, Isabel; CARVALHO, Jailton de. Maia garante votação nominal de propostas contra corrupção. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 28 nov. 2016. País, p. 5). Na mesma edição, foi veiculada a seguinte matéria: “O presidente Michel Temer anunciou que ele e os presidentes do Senado e da Câmara barrarão tentativas de anistiar crimes decorrentes de doações eleitorais [...] No comunicado que ocorreu durante uma inédita entrevista no Palácio do Planalto em pleno domingo, Temer, Maia e Renan asseguraram que não há espaço para permitir que crimes como corrupção e lavagem de dinheiro sejam anistiados a partir do texto que tipifica o caixa dois nas campanhas eleitorais [...] Temer reiterou que seria ‘impossível’ sancionar qualquer tipo de anistia. Destacou ainda que essa é uma reivindicação da sociedade. – No tocante a anistia, há uma unanimidade dos dirigentes do Executivo e daqueles do Legislativo. Conversamos muito nos últimos dias e entendemos que é preciso atender à reivindicação que vem das ruas [...] Estamos assistindo novamente ao movimento das ruas. Essa não é exatamente uma questão de governo. É uma questão da sociedade, tem que ser versada pelo Legislativo, mas eventualmente exige ação do Executivo – disse Temer.” (BRAGA, Isabel; CARVALHO, Jailton de. Maia garante votação nominal de propostas contra corrupção. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 28 nov. 2016, p. 2). O texto final do PL 4.850 foi divulgado pela Câmara dos Deputados em 30.11.2016 (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei e Outras Proposições. *PL nº 4850/2016*. Disponível em: “<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>”. Acesso em: 5 dez. 2016).

recebimento pelo Senado Federal, mas não obteve êxito. A atitude de Renan Calheiros teria causado indignação de parlamentares contrários à forma como o PL 4.850 foi aprovado pela Câmara dos Deputados e ecoou amplamente na imprensa.¹³

Leia-se adiante trecho de artigo publicado no jornal O Globo, de autoria de Nelson Motta, em que o jornalista emite opinião sobre a conduta do referido Senador:

Com tantos escândalos e privilégios indecentes, sempre às custas do contribuinte, Renan deve saber como chegamos tão baixo. E como ele contribuiu para isso. São os mesmos que corromperam e aviltaram o sistema que vão reformá-lo?

Ensandecido com a reação da Lava-Jato, Renan tentou até votar com urgência no Senado o ‘AI-5 do crime organizado’ aprovado na Câmara para amordaçar a Justiça e salvar os parlamentares, mas o que resta de bom senso e dignidade na Casa o impediu. No Brasil, os bandidos querem julgar os xerifes. Depois de tratar os juízes e procuradores com tanto desprezo e hostilidade, esperamos que Renan seja acusado e julgado por eles com o desprezo e a hostilidade que merece.¹⁴

Importante registrar que o referido Senador foi afastado da Presidência do Senado Federal em 05.12.2016, por decisão do Ministro Marco Aurélio de Mello, sob o fundamento de ter se tornado réu em ação penal, fato que, à luz da Constituição, impediria sua perma-

13 GARCIA, Gustavo. Renan faz tentativa de votar pacote anticorrupção, mas não consegue. *Portal G1.globo.com*. Rio de Janeiro, 30 nov. 2016. Disponível em: “<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/renan-faz-tentativa-de-votar-pacote-anticorrupcao-aprovado-na-camara.html>”. Acesso em: 5 dez. 2016.

14 MOTTA, Nelson. Falido, fedido e vingativo. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 2 dez. 2016. Disponível em: “<http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2016/12/falido-fedido-e-vingativo.html>”. Acesso em: 4 dez. 2016.

nência no cargo, por integrar a linha sucessória da Presidência da República. Reproduza-se passagem da aludida decisão monocrática:

[...] O processo teve sequência para, aparelhado, haver o julgamento de fundo. Foi inserido na pauta de 3 de novembro de 2016, tendo sido apregoaado no mesmo dia. Proferi voto acolhendo o pleito formulado [...] Os seis ministros concluíram pelo acolhimento do pleito formalizado na inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assentar não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República. O tempo passou, sem a retomada do julgamento. Mais do que isso, o que não havia antes veio a surgir: o hoje Presidente do Senado da República, senador Renan Calheiros, por oito votos a três, tornou-se réu, considerado o inquérito nº 2.593. Mesmo diante da maioria absoluta já formada na arguição de descumprimento de preceito fundamental e réu, o Senador continua na cadeira de Presidente do Senado, ensejando manifestações de toda ordem, a comprometerem a segurança jurídica [...] Urge providência, não para concluir o julgamento de fundo, atribuição do Plenário, mas para implementar medida acauteladora, forte nas premissas do voto que prolatei, nos cinco votos no mesmo sentido, ou seja, na maioria absoluta já formada, bem como no risco de continuar, na linha de substituição do Presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo. 3. Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros.¹⁵

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 402. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Data de Julgamento da Medida Cautelar: 5 dez. 2016. Publicado no DJe de: 7 dez. 2016. Aliás, trata-se do mesmo fundamento que motivou o afastamento do parlamentar Eduardo Cunha da cadeira de Presidente da Câmara dos Deputados pelo Ministro Teori Zavascki meses antes, por decisão proferida nos autos de outro processo, a Ação Cautelar nº 4.070/DF.

A despeito do Senador Renan Calheiros ter funcionado em manifesto conflito de interesses, a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello foi confirmada em parte pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, determinou o retorno do aludido parlamentar à Presidência do Senado Federal, mas lhe retirou a prerrogativa de assumir interinamente a Presidência da República, na hipótese de afastamento ou ausência do titular e de seu sucessor direto, o Presidente da Câmara dos Deputados. A referida decisão colegiada produziu forte polêmica e recebeu crítica da opinião pública, a ponto de se cogitar ter havido um “acordão” entre Ministros do Supremo Tribunal Federal e lideranças políticas, incluindo os Presidentes dos Poderes da República, segundo reforçado pelo próprio Ministro Marco Aurélio em declaração tornada pública pela imprensa.¹⁶

A contrariedade da opinião pública e a imprensa livre foram fundamentais para evitar a perpetração do exercício do voto em conflito de interesses no Senado Federal.

Em mais um capítulo do tumultuado episódio, o Ministro Luiz Fux decidiu, liminarmente, nos autos do Mandado de Segurança nº 34.530, impetrado pelo então Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, suspender os atos referentes à tramitação do PL 4.850, por entender que houve uma “multiplicidade de vícios”, determinando seu retorno à Câmara dos Deputados, a fim de que fosse novamente autuado e

16 Confira-se a ementa da decisão do Pleno: “O Tribunal referendou, em parte, a liminar concedida, para assentar, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, e, por maioria, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, negou referendo à liminar, no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar concedida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 402. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data de Julgamento da Medida Cautelar: 7 dez. 2016. Aguardando publicação no DJe).

passasse a tramitar conforme o rito estabelecido para projetos de lei de iniciativa popular. Confira-se o fundamento da decisão, que está em conexão com o problema do conflito de interesses de agentes políticos:

Em primeiro lugar, o projeto subscrito pela parcela do eleitorado definida no art. 61, § 2º, da Constituição deve ser recebido pela Câmara dos Deputados como proposição de autoria popular, vedando-se a prática comum de apropriação da autoria do projeto por um ou mais deputados. A assunção da titularidade do projeto por parlamentar, legitimado independente para dar início ao processo legislativo, amesquinha a magnitude democrática e constitucional da iniciativa popular, subjugando um exercício por excelência da soberania pelos seus titulares aos meandros legislativos nem sempre permeáveis às vozes das ruas [...] Todo esse *iter*, formulado especialmente para assegurar um exame de maior profundidade quanto à proposta diretamente apresentada pela sociedade, é indevidamente afastado quando parlamentares subtraem a iniciativa do projeto, originariamente popular, e a assumem em nome próprio.

Como corolário da primeira exigência, figura uma segunda: a de que o projeto de lei de iniciativa popular seja debatido na sua essência, interditando-se emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores [...] À míngua desses elementos, ocorre evidente sobreposição do anseio popular pelos interesses parlamentares ordinários, frustrando a *ratio essendi* da figura constitucional, destinada a abrir à sociedade uma porta de entrada eficaz, no Congresso Nacional, para que seus interesses sejam apreciados e discutidos nos termos apresentados. Há apenas simulacro de participação popular quando as assinaturas de parcela significativa do eleitorado nacional são substituídas pela de alguns parlamentares, bem assim quando o texto gestado no consciente popular é emenda-

do com matéria estranha ou fulminado antes mesmo de ser debatido, atropelado pelas propostas mais interessantes à classe política detentora das cadeiras no Parlamento nacional.¹⁷

Na sequência, o Ministro Fux fundamenta o *periculum in mora* na tentativa frustrada do Senador Renan Calheiros em aprovar o PL 4.850 em regime de urgência, como acima comentado:

Em relação ao *periculum in mora*, o caso requer imediata solução jurisdicional, sem possibilidade de aguardo da apreciação pelo Plenário, sob pena de perecimento do direito. É que, consoante indica o andamento processual do Projeto de Lei da Câmara nº 80/2016 no sítio eletrônico do Senado Federal, foi ‘submetido ao Plenário o Requerimento nº 917, de 2016, de autoria de Líderes, que solicita urgência e inclusão em Ordem do Dia da presente matéria, nos termos do art. 336, inciso III e 281 do RISF’. Apesar da rejeição do referido requerimento pelo Plenário, está em curso na casa outra proposição, o Projeto de Lei do Senado nº 280/2016, o qual ‘Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências’, este incluído na Ordem do Dia da sessão deliberativa de 14.12.2016. Nos termos do art. 258 do Regimento Interno do Senado Federal, havendo em curso naquela Casa duas ou mais proposições regulando a mesma matéria, pode ser requerida a sua tramitação conjunta, inclusive das que já constem da Ordem do Dia, sendo que o requerimento, nesse caso, deve ser submetido à deliberação do Plenário, nos termos do parágrafo único do referido artigo. Desse modo, há fundado risco de que o projeto de lei impugnado nestes autos seja deliberado ainda hoje, em franca violação ao devido processo legislativo constitucional. *Ex positis*, defiro a medida liminar inaudita altera parte para suspender, na

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.530. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Liminar julgada em: 14 dez. 2016. Publicado no DJe de: 19 dez. 2016.

forma do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 e do art. 203, § 1º, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, os efeitos dos atos praticados no bojo do processo legislativo referente ao Projeto de Lei (PL) nº 4.850/2016, determinando, por consequência: (i) o retorno do Projeto de Lei da Câmara nº 80/2016, em tramitação no Senado Federal, à Casa de origem e (ii) que a Câmara dos Deputados autue o anteprojeto lei anticorrupção encaminhado àquela Casa legislativa com as assinaturas de 2.028.263 (dois milhões, vinte e oito mil e duzentos e sessenta e três) eleitores, como Projeto de Iniciativa Popular, observando o rito correlato previsto no seu Regimento Interno, consoante os artigos 14, III, e 61, § 2º, da Constituição. Destaco, ainda, que ficam sem efeito quaisquer atos, pretéritos ou supervenientes, praticados pelo Poder Legislativo em contrariedade à presente decisão.¹⁸

O conflito de interesses na atividade legislativa tem forte impacto político e afronta severamente o princípio democrático. Tem o agravante de figurar como entrave na evolução normativa do ordenamento jurídico e, muitas vezes, funciona para desequilibrar as bases do livre mercado e da livre concorrência, quando determinada lei de efeitos concretos outorga vantagens indevidas a empresário ou grupo de empresários, em troca de benefícios particulares.

Essa última hipótese consta inclusive da fundamentação da decisão do Ministro Teori Zavascki proferida nos autos da Ação Cautelar nº 4.070, que determinou a suspensão do ex-Deputado Federal Eduardo Cunha do exercício de seu mandato e da função de Presidente da Câmara dos Deputados. Naquela ocasião, o magistrado entendeu que havia graves indícios de favorecimento a organizações

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.530. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Liminar julgada em: 14 dez. 2016. Publicado no DJE de: 19 dez. 2016. O processo foi julgado extinto sem julgamento do mérito em 17.02.2017, por decisão monocrática do Relator, com base no art. 485, IV, do Código de Processo Civil, tendo em vista comunicação realizada pelos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, no sentido de dar cumprimento à ordem liminar e atender a pretensão do impetrante.

empresárias privadas, inclusive por meio de apresentação de emendas a projetos de lei e aprovação de medidas provisórias, como se vê dos termos seguintes:

Essa atuação parlamentar, com aparente desvio de finalidade e para o alcance de fins ilícitos, é fortemente corroborada pelas inúmeras mensagens no celular apreendido de José Aldemário Pinheiro Filho, conhecido como Léo Pinheiro, um dos principais dirigentes da Construtora OAS e processado criminalmente por participação de desvios em contratações da Petrobras. No relatório de análise do conteúdo do aludido aparelho celular (fls. 1.667-1.720), encaminhado ao Supremo Tribunal Federal por juízo de primeira instância previamente autorizado pela Corte (autos de Pet 5.755), é possível identificar constantes trocas de mensagens entre Léo Pinheiro e alguns parlamentares, dentre os quais Eduardo Cunha, com solicitações de intermediação e atuação em projetos de lei de interesse de empresas, além de diversas menções a recorrentes pagamentos ilícitos efetuados, em tese, ao Deputado Eduardo Cunha. [...] Em um outro grupo de mensagens identificadas no relatório de análise do telefone celular de Léo Pinheiro (fl.1.182) constam referências sobre possível atuação de Eduardo Cunha em outra Medida Provisória de interesse da OAS (fls. 104-106) [...] O mesmo modus operandi repetiu-se em várias outras mensagens que retratam a contínua atuação de Eduardo Cunha na Câmara dos Deputados em projetos de lei de interesse de Léo Pinheiro e da empreiteira OAS, tais como: a Medida Provisória 600/2012 (fls. 109-116); o projeto de Lei Complementar 238/2013, em que Léo Pinheiro, em 23.10.2013, 'afirmou que a aprovação foi graças a Cunha, afirmando te devo mais esta' (fls. 119-120); na MP 627/2013 (fl. 125); e a Medida Provisória 656 (fls. 126-127) [...] O Procurador-Geral da República aponta, ainda, que em outra busca e apreensão, deferida nos autos da AC 4.037, que tramita neste Supremo Tribunal Federal, foi apreendido documento (fl. 102) que indica o suposto pagamento de 45 (quarenta e cinco) milhões de reais do Ban-

co BTG Pactual, do investigado André Santos Esteves, para Eduardo Cunha, em troca da aprovação de medida provisória [...] Os elementos fáticos e jurídicos aqui considerados denunciam que a permanência do requerido, o Deputado Federal Eduardo Cunha, no livre exercício de seu mandato parlamentar e à frente da função de Presidente da Câmara dos Deputados, além de representar risco para as investigações penais sediadas neste Supremo Tribunal Federal, é um peyorativo que conspira contra a própria dignidade da instituição por ele liderada. Nada, absolutamente nada, se pode extrair da Constituição que possa, minimamente, justificar a sua permanência no exercício dessas elevadas funções públicas. Pelo contrário, o que se extrai de um contexto constitucional sistêmico, é que o exercício do cargo, nas circunstâncias indicadas, compromete a vontade da Constituição, sobretudo a que está manifestada nos princípios de probidade e moralidade que devem governar o comportamento dos agentes políticos [...] Ante o exposto, defiro a medida requerida, determinando a suspensão, pelo requerido, Eduardo Consentino da Cunha, do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados.¹⁹

A história recente do Brasil é extremamente rica em casos de conflito de interesses no Congresso Nacional, envolvendo empresas líderes em seus setores econômicos, de tal modo a desequilibrar se-

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília. Julgado em: 4 de maio de 2016. Segredo de Justiça. No dia seguinte, a decisão foi referendada pelo Pleno, nos seguintes termos: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou o deferimento da medida requerida, determinando a suspensão do exercício do mandato de deputado federal do requerido, Eduardo Cosentino da Cunha, e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados. O Tribunal também determinou que se notifique o Primeiro-Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, ou, na sua ausência, o Segundo-Vice-Presidente (art. 18 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), do inteiro teor da presente decisão, a fim de que a cumpra e faça cumprir, nos termos regimentais próprios. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.05.2016” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília. Julgado em: 5 de maio de 2016. Publicado no DJe de: 21 out. 2016).

veramente a competitividade dos agentes econômicos. Nesse sentido, foi tornada pública, em 11.12.2016, a versão do primeiro depoimento prestado pelo ex-diretor da Odebrecht, Claudio Melo Filho, no âmbito de acordo de colaboração premiada, segundo o qual a Odebrecht teria montado verdadeiro “balcão de negócios” no Congresso Nacional, desembolsando R\$ 17 milhões entre 2006 e 2014 em favor de sete parlamentares, os quais, em troca, trabalharam para a aprovação de matérias e inclusão de emendas que favoreciam a Odebrecht. Cláudio Melo Filho citou quatorze medidas provisórias e projetos de lei que teriam sido modificados para a satisfação de interesses da Odebrecht. Confira-se matéria jornalística veiculada sobre os fatos:

Uma das maiores articulações, no entanto, foi em relação ao projeto de resolução do Senado Federal (PRS) nº 72/2010, que reduzia e uniformizava a alíquota de importação do ICMS de operações interestaduais para acabar com a chamada ‘guerra dos portos’. O próprio Marcelo Odebrecht levou a questão da guerra dos portos ao então ministro da Fazenda, Guido Mantega, que teria dito que a equipe econômica estava mobilizada para resolver o problema.

Coube a Jucá apresentar um projeto de lei que zera as alíquotas de ICMS para esse tipo de operação. O projeto só foi votado dois anos depois, em 2012. À época, o senador teria solicitado ‘apoio financeiro’ e recebeu cerca de R\$ 4 milhões. Segundo Filho, Jucá teria dito que os recursos não seriam apenas para ele, ‘mas também, como já havia ocorrido em outras oportunidades, para Renan Calheiros’, segundo trecho da delação. A empresa também pagou R\$ 500 mil a Delcídio do Amaral por seus esforços na aprovação do PRS 72/2010.

A empresa ainda pagou mais de R\$ 7 milhões pela aprovação, ‘sem percalços’ da MP 613/2013, que tratava de incentivos fiscais à produção de etanol e à indústria química. ‘Ficou claro na oportunidade que esses pagamentos seriam contrapartidas solicitadas pelo parlamentar para que, mediante a

sua atuação e a dos parlamentares já referidos, a aprovação da MP 613 efetivamente ocorresse sem percalços’, diz a delação.

Segundo o relato, o senador Eunício Oliveira teria recebido R\$ 2,1 milhões; outros R\$ 4 milhões foram pagos para Romero Jucá e Renan Calheiros; entre R\$ 1 milhão e R\$ 1,5 milhão para Lúcio Vieira Filho; e R\$ 100 mil para Rodrigo Maia.²⁰

Ainda a respeito da situação de conflito de interesses no âmbito do Poder Legislativo, vale acrescentar o aparte do Ministro Luiz Fux por ocasião do julgamento da ADI nº 4.650, que tratou do problema do financiamento privado a campanhas eleitorais, afinal vedado pelo Supremo Tribunal Federal:

Na época, eu citei com bastante ênfase que nos parecia que a reforma política deveria ser capitaneada pela classe política, mas com a intermediação do Poder Judiciário. E eu citei, então, o Professor Oscar Vilhena, na obra *A Constituição e Sua Reserva de Justiça*, onde ele assenta o seguinte: ‘Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses.’ Isso é quase que lógico, é quase que lógico que a classe política não vai lutar contra os seus próprios interesses.²¹

20 NASCIMENTO, Bárbara; IGLESIAS, Simone. \$ 17 milhões por 14 leis. Odebrecht financiava campanhas de parlamentares que tinham mais peso no Congresso. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 11 dez. 2016. País, p. 3.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Julgado em: 17 set. 2015. Publicado no DJe de: 24 fev. 2016.

2. Revolving-door syndrome.

Há outras situações de conflito que merecem registro.

Andrew Stark estudou com profundidade o problema do conflito de interesses no Canadá e nos EUA. O autor inicia sua análise distinguindo no tempo o tratamento da matéria nesses países: enquanto nos EUA há legislação desde o século XIX no sentido de mitigar os efeitos do conflito de interesses por congressistas, no Canadá apenas em 1973 a Câmara dos Deputados (“House of Commons”) apreciou o projeto de lei que dispunha sobre “Members of Parliament and Conflict of Interest”, o que levou o Primeiro Ministro, Pierre Trudeau, a estabelecer regras que exigiam dos parlamentares tanto o afastamento de negócios privados, quanto o descarte de interesses particulares que poderiam conflitar com suas responsabilidades funcionais.²²

Stark identifica diversas espécies de conflito de interesses, incluindo-se uma hipótese muito comum no Brasil, relativa ao ingresso de pessoas da iniciativa privada na vida pública com o objetivo de galgar posições profissionais vantajosas quando do retorno aos negócios privados. Confira-se adiante passagem de sua exposição:

Conservative governments are prone to conflicts involving private interests because, being Conservative and not Liberal, they draw a disproportionate number of businesspeople into public life. But – being governments and not businesses – they attract, at the margin, businesspeople who have not been all that successful in business; otherwise they would stay in business. Those individuals can tend, at the margin, to see a career in the public sector as a way of helping them succeed in busi-

22 STARK, Andrew. Conflict of interest in Canada. In: TROST, Christine; GASH, Alison L. *Conflict of Interest and Public Life: Cross-National Perspectives*. New York: Cambridge University, 2008. p. 126.

ness to a degree that eluded them in the private sector.²³

Susan Rose-Ackerman debruçou-se sobre essa espécie de conflito de interesses, registrando, de início, que servidores públicos usualmente podem se sentir incentivados a usar suas posições profissionais para a obtenção de benefício econômico privado, ainda que sejam bem remunerados pela entidade governamental a que se encontram vinculados.²⁴

A propósito dos caminhos pelos quais evoluíram os controles estabelecidos pela legislação norte-americana, Susan salienta a imposição de “quarentena” a ex-servidores públicos, conforme as palavras seguintes:

In practice, the most difficult enforcement problems concern job seeking. Although in the United States federal government outright quid pro quos seem fairly well controlled by the code of conduct and the legal sanctions behind it, officials are often hired after they leave government by firms that have business with their previous go-

23 Ibidem, p. 133.

24 Confira-se trecho em que a autora trata da presença de conflito de interesses no desempenho de função pública nos EUA e em outros países: “Conflicts of interest were rife in the early days of the American republic. Postmasters published newspapers, treating themselves to free postage; whiskey tax collectors owned taverns and waived taxes on their suppliers; and some customs officials were prominent merchants (Prince 1977). Similarly, in post-colonial Africa, many countries encouraged public officials to engage in business activities that overlapped with their official duties. The resulting conflicts of interest and corruption seriously undermined state efficiency (Adamolekun 1993: 39-40, 42). Widespread conflicts presently exist in Russia, Eastern Europe, and China (Chov 1997; Collins 1993: 326). In China, where many joint ventures involve government partnerships with private business, the government has urged cadres to ‘drop into the sea of commerce’ (Burns 1993: 358). The problem of divided loyalties is obvious. Officials may unduly favor the businesses in which they have an interest at the expense of other firms that could perform public tasks more inexpensively or competently. Similar favoritism is possible in the regulatory and privatization contexts. No bribery is necessary. Officials simply follow their own economic self-interest.” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University, 1999. p. 75).

vernmental employer. The code of conduct states that ‘employees shall not engage in outside employment or activities, including seeking or negotiating for employment, that conflict with official Government duties and responsibilities.’ Subject to several conditions, former officials cannot represent others before their former employer within two years of termination. The ban is not absolute, however, but applies only to issues on which the person worked within a year of leaving government [18 U.S.C. § 207 (a)-(d); Chakrabarti, Dausse, and Olson 1997: 608-612]. President Clinton tightened these requirements for senior officials, asking them to pledge to avoid dealings with government for five years after leaving his administration (Executive Order 12834 of January 20, 1993; Gilman 1995: 75).²⁵

No Brasil, é comum a situação em que empresários e administradores de grandes corporações alternam-se entre o público e o privado (movimento conhecido na doutrina estrangeira como “revolving-door syndrome”), em especial para assumir posições profissionais na alta administração de empresas estatais, agências reguladoras e autarquias, valendo citar como exemplo mais representativo a nomeação de diretores para o Banco Central do Brasil, que em grande parte são economistas oriundos de instituições financeiras privadas, os quais passam a ter acesso a informações privilegiadas sobre diversos aspectos da política econômica nacional.²⁶

25 Ibidem, p. 77.

26 Pesquisa feita no sítio do Banco Central na internet, por meio do exame do currículo de diretores e ex-diretores da autarquia que funcionaram desde 1995, comprova que, do total de 49 profissionais: (i) 21 eram oriundos de carreira pública antes de sua nomeação; (ii) 18 trabalharam exclusivamente na iniciativa privada antes de sua nomeação; (iii) 10 alteraram postos profissionais na Administração Pública e em instituições privadas antes de sua nomeação (BANCO CENTRAL DO BRASIL. “Homepage” institucional. Disponível em: “<http://www.bcb.gov.br>”. Acesso em: 10 dez. 2016). Dentre os ex-diretores, a experiência demonstra que é fato comum serem eles aproveitados por instituições privadas após sua passagem pela Diretoria do Banco Central, embora não haja informações de fonte confiável que estejam disponíveis nesse sentido.

Esse fenômeno acontece frequentemente na advocacia privada, valendo citar, por todos, o caso de membro do Ministério Público Federal, integrante da cúpula da entidade e diretamente ligado ao gabinete do Procurador-Geral que, em abril de 2017, foi exonerado do cargo a seu pedido para associar-se a escritório de advocacia, passando a prestar serviços no âmbito de casos nos quais havia funcionado como Procurador da República, inclusive quando ainda estava formalmente vinculado ao Ministério Público, fato que resultou no oferecimento de denúncia por corrupção em 25.06.2018 e a suspensão do registro profissional pelo Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio Janeiro.²⁷

E a advocacia privada brasileira convive com problema ainda pior. Em alguns Estados da Federação, há grande efetivo de advogados públicos (procuradores do Estado, do Município e de determinadas autarquias) que acumulam suas funções na Administração Pública com o exercício da advocacia privada. Evidentemente, há inúmeros advogados íntegros que o fazem sem ferir qualquer regra ética ou jurídica. Porém, abre-se perigoso flanco de situações conflituosas, com uso de informação privilegiada e possível acesso a atalhos, por meio da superação episódica de obstruções opostas pela burocracia estatal, que assim se perpetua para favorecer pequenos grupos de “insiders”, os quais se vangloriam desse lucrativo naco de poder e os vende a clientes que buscam a ágil satisfação de seus interesses econômicos privados.

27 Disponível em “<https://www.jota.info/stf/do-supremo/fachin-autoriza-depoimento-de-janot-e-socios-de-escritorios-em-rescisao-de-delacao-05092018>”. Acesso em: 5 set. 2018. Nos termos da denúncia, o réu teria “no período compreendido entre fevereiro e 05/04/2017, serviu a dois senhores: mantendo-se no cargo de Procurador da República e valendo-se da confiança do Procurador-Geral da República e membro auxiliar do Grupo de Trabalho Lava Jato, orientou a confecção de acordo de colaboração entre o MPF e seus ‘clientes’, em razão de promessa de pagamento ofertada pelos denunciados JOESLEY e FRANCISCO”. Sobre a questão do registro profissional, vide a notícia disponível em: “<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI265232,31047-OAB+suspende+registro+de+Marcello+Miller>”. Acesso em 5 set. 2018. Não há informações disponíveis sobre a conclusão do processo disciplinar para apurar a conduta do advogado, em razão de seu caráter sigiloso.

3. Mitigação de riscos.

Em 16 de maio de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.813, também conhecida por “Lei do Conflito de Interesses”, que dispõe sobre “o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego”.

Além de agentes da alta administração do Poder Executivo e de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, a lei se dirige aos ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro.

O art. 3º da Lei do Conflito de Interesses conceitua conflito de interesses como a “situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” e como informação privilegiada aquela “que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público”. No art. 4º, impõe como dever de conduta a ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.

Resumidamente, os arts. 5º e 6º da lei estabelecem hipóteses de conflito durante e após o exercício do cargo, respectivamente.²⁸

28 Confira-se a redação dos dispositivos: “Art. 5º. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I – divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; II – exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe; III – exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego,

A despeito do prazo de seis meses estabelecido no art. 6º da Lei do Conflito de Interesses para o retorno à atividade privada, em área afim àquela do cargo público, por vezes essa medida mostra-se insuficiente para evitar efetivo conflito, que depende de questões de fato, ligadas mais à conduta do profissional e menos ao atendimento de medidas de forma previstas em lei.

Em outras palavras, a edição de uma lei que restrinja liberdades de profissionais que transitaram pela Administração Pública pode até representar um ponto de partida, mas está longe de trazer resultados eficientes quanto à inibição de hipóteses de conflito de interesses e, por conseguinte, de funcionar como fator de mitigação do risco de realização de atos de corrupção.

considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas; IV – atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V – praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão; VI – receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e VII – prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado”; “Art. 6º. Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I – a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e II – no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União: a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego; b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado; c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego”.

Logo, em uma primeira análise, é válido observar que uma lei concernente à ética no exercício de função pública, tal como o é a Lei do Conflito de Interesses, não representa necessariamente um avanço no padrão comportamental dos agentes públicos. Aliás, sua aplicação no Brasil poucos resultados têm produzido.²⁹

Esse problema foi especificamente examinado por Denis Saint-Martin, tomando como base a situação em países que alcançaram alto grau de desenvolvimento e estabilidade democrática (em suas palavras, “old democracies”).

Nesse raciocínio, Denis Saint-Martin argumenta que o significativo aumento da quantidade de regulação e de códigos de conduta nas últimas décadas contrastou com a pouca importância do problema, diante do decréscimo da prática de ilícitos e desvios. Nesse sentido, seu estudo indica que os atuais governantes não podem ser considerados piores que seus antecessores, a ponto de ser necessário exigir-lhes maior rigor comportamental. Procura ele dissociar os efeitos da regulação restritiva dos avanços quanto ao exercício ético da profissão privada por ex-servidores públicos.³⁰

O autor reconhece que a questão permanece controversa na doutrina. A despeito de sua particular opinião, acima destacada, ele registra que há quem sustente que o aperfeiçoamento das regras éti-

29 Segundo dados divulgados pelo escritório da Transparência Internacional no Brasil, a Lei de Conflito de Interesses resultou em punição para apenas 0,008% dos servidores da Administração Pública Federal: dos 553,7 mil servidores submetidos ao regime daquela, apenas 45 foram flagrados em conflito – o equivalente a 1 a cada 12.300 funcionários. A organização declarou que tais dados foram transmitidos pela Comissão de Ética da Presidência da República e do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (HERDY, Thiago. Lei sobre conflito de interesses atingiu apenas 1 a cada 12 mil servidores federais. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro. 26 dez. 2016. Disponível em: “<http://oglobo.globo.com/brasil/lei-sobre-conflito-de-interesses-atingiu-1-cada-12-mil-servidores-federais-20694019>”. Acesso em: 29 dez. 2016).

30 SAINT-MARTIN, Denis. The Watergate effect: or, why is the ethics bar constantly rising? In: GASH, Alison L.; TROST (Ed.). *Conflict of interest and public life*. cross-national perspectives. Cambridge, 2008. p. 36.

cas e a maior independência em sua aplicação são medidas-chave para a renovação e modernização das instituições democráticas. Diz Saint-Martin que essa linha de pensamento considera “ethics codes or the adoption of conflict-of-interest legislation, as well as the creation of independent agencies responsible for regulating ethics in public life is the ‘way of the future’ [...] ‘a remarkable success’ in terms of reducing the number of conflict-of-interest scandals”.³¹

Uma segunda análise da regulação sobre conflito de interesses refere-se à repercussão das medidas restritivas na sociedade civil.

Assim, há aqueles que classificam o aumento da regulação ética de agentes públicos como alarmista e infundada, servindo para criar um ambiente de desconfiança na opinião pública.

Nessa linha, ao tratar da questão no cenário norte-americano, G. Calvin MacKenzie examinou os efeitos da forte regulação editada a partir do chamado “Ethics in Government Act” de 1978. Segundo sua pesquisa sobre a correlação entre a regulação da ética na conduta de agentes públicos e a confiança da população no governo, levada a efeito entre os anos 1999 e 2002, época de difusão global das medidas anticorrupção, o autor menciona que os elevados indicadores de confiança dos anos 1960 declinaram continuamente nos anos 1990. Vale checar seus apontamentos:

Through all the years when the federal government was adding more ethics regulations and more enforcers of those regulations, the American people either did not notice or were not persuaded that any of that was a justification for them to place more trust in their government. The fortifications that the ethics regulators built did little to attract the confidence of the people they were designed to please most directly [...] the more ethics regulations designed and implemented, the more personnel assigned to enforce them, the more the air

31 SAINT-MARTIN, Denis, loc. cit.

has filled with news – often caustic and depressing news – about government ethics.³²

Ao final, G. Calvin MacKenzie conclui que “the expansion of ethics regulations and enforcement agencies and personnel has not produced a concomitant increase in public confidence in government integrity”.³³

Essa discussão é extremamente útil para o caso brasileiro. De fato, verifica-se que nos últimos anos foram despendidos esforços para a edição de regulação sobre ética de agentes públicos no Brasil (leis, decretos regulamentares, portarias ministeriais e interministeriais, códigos de conduta), especialmente na esfera do governo da União, bem como para o desenvolvimento da Controladoria-Geral da União, órgão que concentra, no âmbito federal, competência para apurar a responsabilidade administrativa de que trata a Lei Anticorrupção.

E mais: outros órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, parecem ter intensificado recentemente suas atividades sancionadoras.

Somem-se a esses acontecimentos: o aprofundamento da repressão judicial da corrupção, sobretudo no âmbito da Operação Lava Jato e seus desdobramentos; os casos de vazamento indevido de dados de operações de investigação sob a coordenação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal; e certos exageros perpetrados por uma minoria sensacionalista da mídia, que por vezes divulga informações incompletas e posteriormente não confirmadas.

Esse cenário pode vir a provocar verdadeiros efeitos colaterais: o entrincheiramento de agentes políticos e movimentos reacionários (como o caso de conflito de interesses acima comentado, refe-

32 MACKENZIE G. Calvin. *Scandal Proof*: Do Ethics Laws Make Government Ethical? Washington: Brookings Institution, 2002. p. 111-112.

33 MACKENZIE G. Calvin, loc. cit.

rente à votação do PL 4.850) e, ainda, exacerbada desconfiança na classe política, com prejuízo à própria democracia, como se pode inferir pelo resultado das eleições municipais de 2016, marcadas pela forte rejeição a candidatos. Para se mencionar um exemplo recente, no segundo turno da eleição para prefeito da Cidade do Rio de Janeiro em 2016, 26,85% dos eleitores se abstiveram, 15,90% anularam o voto e 4,18% votaram em branco, somando 2.034.325 eleitores que optaram por não votar em qualquer dos candidatos, contra o total de 1.700.030 votos obtidos pelo candidato eleito, Marcelo Crivella.³⁴

Por outro lado, os efeitos benéficos são igualmente dignos de nota: aquele quadro produz a sensação de que o Brasil está realmente enfrentando o mal da corrupção, ao punir os responsáveis e ao regram códigos de conduta aplicáveis a agentes públicos.

Daí a importância do amadurecimento relacionado com a aplicação criteriosa de medidas anticorrupção – incluindo-se as destinadas a evitar conflitos de interesse entre agentes públicos e privados – a fim de que a sociedade brasileira consiga afinal evoluir organizadamente, minimizando os perigos de retrocessos causados pela desconfiança generalizada e pelo engessamento tanto da classe política quanto dos agentes públicos e privados.

Nesse ponto, é válido citar a afirmativa de Alan Rosenthal, no sentido de que “the development of legislative ethics codes has not been voluntary but rather forced on legislative bodies by outside pressures”, que bem demonstra a importância da participação ativa da sociedade civil.³⁵

Ademais, pode-se aproveitar a teoria primeiramente desenvolvida por Paul Pierson, chamada de “policy feedback”, por meio da qual decisões políticas podem influenciar o desempenho daqueles

34 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições 2016. Brasília, 3 out. 2016. Disponível em: “<http://www.tse.jus.br>”. Acesso em: 30 out. 2016.

35 ROSENTHAL, Alan. *Drawing the line: Legislative Ethics in the States*. New York: Twentieth Century Fund, 1996. p. 59.

que sucedem os que tomaram ditas decisões. Pela teoria, examina-se como as escolhas feitas por predecessores formadores de políticas públicas podem servir como fonte e incentivo para moldar o comportamento dos agentes públicos contemporâneos.³⁶

Por conseguinte, a ideia central da “policy feedback”, acima resumida, reforça a exigência de divulgação de medidas tendentes a evitar o conflito de interesses, para que se criem condições de desenvolvimento da cultura da ética e da anticorrupção por parte dos agentes públicos e nas suas relações com aqueles da iniciativa privada, em especial com os empresários e os administradores de sociedades empresárias.

O caminho da transparência poderá colaborar para o crescimento da confiança popular na classe política. Conforme bem colocado por Denis Saint-Martin, em uma saudável democracia, a confiança dos cidadãos nunca é incondicional e os políticos precisam melhorar seu padrão ético constantemente, até porque é politicamente difícil posicionar-se contra a ética (“ethics regulation has been the motherhood issue of recent times – too politically costly to oppose”).³⁷

Em suma, não será a mera promulgação de leis e códigos de conduta que mitigará os riscos da corrupção por conta de situações de conflito de interesses, mas sim a mudança comportamental resultante da equilibrada aplicação da norma e a constante participação da sociedade civil, a exigir a adoção de medidas efetivas por parte do Poder Público. Dessa forma se alcançará o tão pretendido avanço no

36 PIERSON, Paul. When Effect Becomes Cause: Policy Feedback and Political Change. *World Politics*, Cambridge, v. 45, n. 4, p. 545-628, jul. 1993. Em trabalho publicado em 2000, o autor examina a questão do “path-dependence” no desenvolvimento político, nos seguintes termos: “In a increasing returns process, the probability of further steps along the same path increases with each move down that path. This is because the *relative* benefits of the current activity compared with other possible options increase over time.” (_____. Increasing Returns, Path-Dependence, and the Study of Politics. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 94, n. 2, p. 251-267, jun. 2000, p. 252).

37 SAINT-MARTIN, Denis, op. cit., p. 52.

padrão ético dos profissionais brasileiros, tanto na esfera da Administração Pública, quanto no setor privado.

Conclusão.

Por tudo que se disse, o conflito de interesses entre agentes públicos e privados constitui questão de significativa relevância para os estudos do fenômeno da corrupção e, particularmente, para a adequada interpretação, aplicação e aperfeiçoamento da norma anticorrupção.

Com efeito, é preciso levar em consideração que o conflito de interesses no exercício de função pública atenta contra a democracia, o funcionamento eficiente da Administração Pública e as bases do livre mercado e da livre concorrência.

Portanto, a edição de normativos e a realização de determinada operação de repressão (como a Lava Jato) não funcionarão para solucionar definitivamente o problema: representam tímido e importante passo para a disseminação da ética.

O tratamento jurídico dessas situações de conflito exige toda atenção da sociedade civil, a exemplo do que ocorreu com a própria Lei Anticorrupção, que teve sua aprovação acelerada pelas históricas manifestações populares de 2013.

Lembre-se que o Brasil ainda engatinha na prevenção e no combate à corrupção e na criação de medidas que tendam a incentivar a adoção do padrão ético desejável por parte de agentes públicos e privados.

Essa jornada de conscientização é longa e impõe a atividade proativa das organizações empresárias, a agenda positiva de entidades de classe – as chamadas “ações coletivas anticorrupção” – e agentes políticos titulares de cargo eletivo.

A REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS SISTEMAS DE COMMON E CIVIL LAW¹

HARDSHIP IN COMMON AND CIVIL LAW CONTRACTS

*Matheus Gomes Setti
Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz*

Resumo: Os contratos nos sistemas de *Common* e *Civil Law* apresentam diferenças fundamentais que repercutem até aspectos práticos como a revisão por onerosidade excessiva. O estudo dessas diferenças e semelhanças é cada vez mais pertinente tendo em vista a presença sempre maior de contratos e negócios internacionais, especialmente no ambiente empresarial, foco deste trabalho. O estudo a partir de doutrina e jurisprudência de diversos países de ambos os sistemas permitiu constatar que nos países de civil law como um todo, o reconhecimento da onerosidade é mais restrito. Por sua vez, dentre os países de civil law, a Alemanha e Portugal se mostram os menos exigentes, ao passo em que França é bastante restrita, estando Brasil e Itália em uma espécie de meio-termo. Pode-se perceber que ambos os sistemas vêm convergindo em diversas concepções, e a análise americana é, na verdade, muito parecida com a brasileira.

Palavras-chave: Contratos. Direito Comparado. Onerosidade Excessiva. Revisão Contratual. Contratos Empresariais.

¹ Artigo recebido em 01.10.2018 e aceito em 14.12.2018.

Abstract: Civil and Common law contracts have fundamental differences which affect even more practical aspects such as the recognition of hardship. Studying such differences and similarities is ever more important, since there are progressively more international contracts, specially in the business world, which is the focus of this study. The authors and jurisprudence studied showed that common law countries are more strict when it comes to recognizing hardship. Meanwhile, between civil law countries Germany and Portugal are less strict, while France appears to be stricter and Brazil and Italy to be somewhere in the middle. Both systems have been converging in several topics and the american conception is in reality very similar to the brazilian.

Keywords: Frustration. Comparative Law. Hardship. Commercial Impracticability. Commercial Contracts.

Sumário: Introdução. 1. O Reconhecimento da Onerosidade Excessiva. 1.1. *Civil Law*. 1.1.1. Teoria da Imprevisão. 1.1.2. Teoria das Bases Contratuais (*Störung ou Wegfall der Geschäftsgrundlage*). 1.1.3. A Onerosidade Excessiva no Direito Brasileiro. 1.2. *Common Law*. 1.2.1. Inglaterra. 1.2.2. Estados Unidos. 1.3. Princípios do Unidroit. 2. As Consequências da Onerosidade Excessiva. Conclusão.

Introdução.

Os contratos nos sistemas de *Common* e *Civil Law* apresentam características substancialmente distintas. De início, os próprios pressupostos para formação de contratos diferenciam-se entre os sistemas. De um lado, nos países de *Civil Law*, como explica Venosa, os pressupostos de validade para a existência de um contrato são basicamente a capacidade das partes e o consentimento em relação a

suas determinações². De outro, os países de *Common Law*, como afirma McKendrick, têm como requisito necessário para uma verdadeira relação contratual a *consideration*: uma obrigatória barganha, uma contraprestação recíproca de cada uma das partes em relação à outra³. Em outras palavras, aquele que faz uma promessa (*promisor*) deve receber alguma coisa em troca daquele a quem a promessa é feita (*promisee*)⁴.

Essa exigência é uma mostra da visão predominante na *Common Law* de que os contratos são instrumentos “a serviço do funcionamento do mercado”.⁵ Enquanto isso, a *Civil Law* atribui aos contratos funções sociais que vão desde, à semelhança do outro sistema, movimentar a economia⁶ até promover a igualdade econômica na sociedade⁷. Além disso, este sistema privilegia princípios como a boa-fé objetiva⁸ e a justiça contratual comutativa.⁹

Por isso, argumenta Dário Moura Vicente, a *Common Law* coloca em absoluto primeiro plano a vontade e autonomia das partes, e as cortes têm extrema relutância em interferir no que foi acordado entre os contratantes. De outro lado, afirma o autor, a *Civil Law* estabelece que a autonomia privada, ainda que central, depende de ou-

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 17ª . ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. III, p. 86-87.

3 MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. 11ª ed. Londres: Palgrave Law Masters, 2015. p. 67.

4 *Promisor e promisee* podem ser boas traduções para devedor e credor.

5 TIMM, Luciano Benetti. Common Law e Contract Law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. *RIDB*. Lisboa. ano 1, nº 1, 2012. p. 533.

6 WALD, Arnoldo. A Aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 17, 2008. p. 9.

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 163

8 MOSS, Giudita Cordero. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith. *Global Jurist*, Turin, v. 7, n. 1, 2007. p. 9.

9 VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito comparado. *RDCC*. São Paulo, v. 8, p. 275-302, jul./set. 2016. p. 285.

tros fatores para ser válida, uma vez que incide no plano fático somente de modo mediato pelo direito e seus princípios, ou seja, a disposição das partes é válida quando estiver “dentro dos limites da lei, máxime das normas imperativas através das quais o Estado procura desempenhar as suas incumbências no domínio social e econômico”.¹⁰

Assim, as cortes anglo-americanas, diferentemente das romano-germânicas, não costumam a encontrar cláusulas implícitas e vontades tácitas ou não declaradas nos contratos, analisando normalmente somente aquilo que foi explicitamente disposto pelas partes¹¹.

Dessa forma, nos países de *Common Law*, as cortes dificilmente reconhecem onerosidade excessiva, a não ser que as próprias partes a tenham previsto no contrato.¹² Isso porque as cortes inglesas, de modo geral, preferem tutelar a liberdade contratual e a segurança jurídica de que o combinado será executado à risca do que o equilíbrio entre as partes.¹³

Do outro lado, os países de *Civil Law* costumam ser bem menos rigorosas para reconhecer a onerosidade e resolver ou alterar os contratos¹⁴. Isso pode acontecer em razão de evento imprevisível que altere profundamente o equilíbrio contratual¹⁵, evento imprevisível e extraordinário que tenha as mesmas consequências¹⁶ ou uma altera-

10 Ibidem. p. 286.

11 MOSS, Giudita Cordero. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith. *Global Jurist*, Turin, v. 7, n. 1, 2007. p. 6. VICENTE, Dário Moura. Op. cit.. p. 294.

12 Ibidem. p. 295.

13 MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. 11ª ed. Londres: Palgrave Law Masters, 2015. p. 254

14 PERILLO, Joseph. Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996.

15 BOUTHINON-DUMAS, Hughes. Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision. *Revue internationale de droit économique*, Paris, v. 3, n. 3, 2003. p. 339-373.

16 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ção substancial na base objetiva do contrato¹⁷. Essas visões surgiram, respectivamente, na França, Itália e Alemanha. O Brasil adotou a concepção similar à italiana; o Unidroit, à francesa.

Como se vê, mesmo dentro dos próprios sistemas, há divergências e complexidades. Em *Common Law*, também, o ordenamento inglês é bem mais rígido e contempla bem menos hipóteses do que o americano, que vem se abrandando nas últimas décadas.¹⁸

Há várias maneiras de se tratar a onerosidade excessiva, bem como várias formas de a compreender, reconhecer e remediar. Essas semelhanças e diferenças, encontradas tanto entre o *Common Law* e *Civil Law*, como internamente a esses sistemas, serão o objeto deste trabalho.

Tal análise se faz relevante pois, ainda que atualmente sejam os contratos internacionais completamente corriqueiros e vastamente utilizados, os diferentes países têm leis divergentes para interpretá-los e manejá-los em caso de eventuais problemas.

Para esse objetivo, analisaremos primeiro as condições que cada sistema estabelece para que seja reconhecida a onerosidade excessiva, contemplando as várias correntes do *Civil Law* e do *Common Law* e comparando-as entre si e com as demais.

1. O Reconhecimento da onerosidade excessiva.

1.1. *Civil Law*.

No *Civil Law*, os casos aqui tratados como de onerosidade excessiva eram contemplados pela teoria da cláusula *rebus sic stanti-*

17 REITER, Christian. *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

18 PERILLO, Joseph. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación internacional – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998. p. 111-112.

bus, advinda do direito romano, segundo a qual havia uma condição implícita de que a imperatividade do contrato dependeria da continuidade das situações fáticas sobre os quais ele foi firmado. Essa teoria foi utilizada até o século XVIII e rejeitada pelos juristas do século XIX, que adotaram com firmeza a concepção de “santidade dos contratos”.¹⁹

Conforme Gagliano e Pamplona, tais juristas modernos foram forçados a recuar após a 1ª Guerra Mundial: a crise que ela ocasionou fez com que fosse simplesmente impossível executar os contratos que haviam sido anteriormente firmados. Devido a essa situação, a cláusula romana voltou à tona sob diversas formas. Na França, foi criada a Teoria da Imprevisão, adotada na Itália como onerosidade excessiva, e transposta ao Código Civil de 2002 do Brasil; na Alemanha, a do *störung* ou *wegfall der Geschäftsgrundlage* (perturbação das bases contratuais).²⁰

1.1.1. Teoria da imprevisão.

A Teoria da Imprevisão surgiu na França com uma disputa entre *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* “Gaz de Bordeaux” e a cidade de Bordeaux, que versava sobre um contrato de iluminação pública que havia ficado 300% mais caro e foi adaptado pela corte francesa.²¹

De acordo com Bouthinon-Dumas, essa teoria propõe que se permita a adaptação do contrato a situações imprevisíveis que dei-

19 FUCCI, Frederick. Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts: Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance. *American Bar Association Section of International Law Spring Meeting*, New York, 2006. p. 3-4.

20 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 309.

21 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 3-4.

xem o negócio muito mais oneroso para uma das partes. Segundo o autor, ela é vista como uma exceção ao princípio de obrigatoriedade dos contratos, tem sua origem nos princípios de boa-fé e bom senso contratual e possibilita que os negócios possam manter seu equilíbrio real, e não somente o nominal.²²

Na mesma linha, e contra a noção do *Common Law* de que uma revisão contratual macularia o princípio de segurança jurídica e a certeza negocial, argumenta Garcia que, na verdade, a teoria da imprevisão garante que, em face de eventos que não poderiam de maneira alguma ter sido razoavelmente previstos pela perspicácia humana e desequilibrem profundamente o contrato, deve este ser readequado ao que para que seu equilíbrio corresponda ao que fora inicialmente pactuado. Segundo o autor, isso é o que realmente dá às partes segurança de que o concordado no contrato inicialmente será cumprido de forma adequada, ainda que sofra interferência de eventos inesperados.²³

Diferentemente da doutrina alemã, a francesa passou muitos anos pouco esclarecida, sem ser positivada e apenas eventualmente presente na jurisprudência. As cortes em geral tinham enorme relutância em aplicá-la, e a regra quase absoluta era a manutenção do contrato a qualquer custo.²⁴ Em 2016, contudo, a reforma das leis de obrigações no *Code Civil* incluiu o artigo 1.195, que dispõe ser cabível a exigência de renegociação contratual quando o negócio se tornar excessivamente oneroso por razões imprevisíveis.

Os italianos deram ênfase à extraordinariedade do evento imprevisível, formulando o que foi chamado de Teoria da Onerosidade

22 BOUTHINON-DUMAS, Hughes. Op.cit. p. 363-364.

23 GARCIA, Sebastião Carlos. Revisão dos contratos. *Revista dos tribunais*, São Paulo, 2007. v. 856, p. 5-6.

24 DORALT, Walter. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage: Altes und Neues zur théorie de l'imprévision in Frankreich. *Max Planck Private Law Research Paper*, n. 12-23, Heidelberg, 2012. p. 762.

Excessiva, que é corolária direta da Teoria da Imprevisão. Tal conceito está previsto nos artigos 1.467 e seguintes do *Codice Civile*:

Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Enzo Roppo esclarece que a regra é a manutenção dos contratos mesmo que uma parte lucre bem mais do que o esperado e a outra sofra prejuízo. De acordo com ele, o “duplo binômio proveito-risco e liberdade contratual-responsabilidade contratual” é que deve guiar os negócios nos países capitalistas. Desse modo, somente os eventos que escapem da “álea ordinária” do contrato, ou seja, eventos imprevisíveis e extremamente extraordinários podem justificar a revisão do contrato.²⁵

Roppo continua explicando que a *onerosità* requer o concurso de circunstâncias externas e internas ao contrato. Aquelas são o acontecimento de um evento imprevisível e extraordinário. Estas, o desequilíbrio de fato ocasionado pelo evento no contrato. Ou seja, não basta simplesmente que a anomalia ocorra ou que o contrato esteja desequilibrado; ambas as coisas devem ocorrer em conjunto e se vincular por um nexos causal para que sejam contempladas pelo artigo 1.467.

Assim, o evento que caracteriza onerosidade excessiva segundo essa teoria é aquele imprevisível e extraordinário, que não poderia

25 ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 259-262.

ter sido contemplado pelas partes aprioristicamente e desequilibra os termos do contrato.²⁶

Diversos países europeus, entretanto, adotaram a teoria alemã, que também é utilizada por vezes no Brasil para embasar as decisões. Analisemos, pois, tal doutrina.

1.1.2. Teoria das bases contratuais (*Störung* ou *Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

Após a 1ª Guerra Mundial, a Alemanha estava destruída e entrou numa crise profunda, em razão da qual o Marco chegou a valer muito menos de um milionésimo de seu antigo valor. Assim, quando Larenz desenvolveu e aperfeiçoou a teoria de Oertmann das bases contratuais – e sua destruição – a Suprema Corte Alemã, *der BGH*, rapidamente a adotou.²⁷ Segundo ela, todo contrato é composto por uma base subjetiva e uma objetiva. Aquela é a vontade das partes e suas pressuposições ao adentrar o negócio. Esta são as condições fáticas do contexto em que o negócio é firmado.²⁸

Conforme Leães, dentre os aspectos objetivos se poderia citar a situação econômica do país de modo geral, o valor da moeda, as circunstâncias do mercado, entre outros. Tais aspectos deveriam ser analisados em conjunto com a vontade subjetiva das partes, suas crenças, pressuposições e objetivos ao adentrar o negócio. “Se eventos supervenientes fizerem ‘desaparecer’ essas condições, impondo ao devedor um esforço muito além da previsão que pudesse ser feita ao tempo da pactuação, legitimar-se-ia a resolução ou a revisão do

26 GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 180.

27 PERILLO, Joseph. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación internacional – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998. p. 114-115.

28 REITER, Christian. *Op. cit.* p. 136.

contrato”. Para o autor, as bases do contrato seriam destruídas caso fosse perturbada a relação de equivalência sinalagmática ou a finalidade do negócio fosse frustrada.²⁹

Reiter explica que não é qualquer perturbação nas bases contratuais que pode ensejar a revisão pela *Störung*, mas somente aqueles “cuja execução seria inaceitável pelos princípios do Direito e da justiça (...) quando ocorre uma grande perturbação nas bases contratuais que tornem o seu próprio espírito algo diferente (...) e quando uma prestação não pode absolutamente mais ser vista como equivalente à outra”.³⁰

Percebe-se, como esclarece Dário Moura Vicente, que o direito alemão tutela tanto o equilíbrio formal, como o material dos contratos, ou seja, “uma justiça material substantiva” expressa no equilíbrio entre os sinalagmas contratuais. Citando Larenz, o autor conclui que tal direito contratual deve ser visto como uma interação entre os princípios da autonomia privada, confiança e justiça contratual comutativa.³¹

Esse instituto foi positivado no artigo 313 do BGB (tradução nossa)³²:

29 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 31, p. 3, 2006.

30 REITER, Christian. Op. cit. p. 172.

31 VICENTE, Dário Moura. Op. cit. p. 288-289.

32 § 313 Störung der Geschäftsgrundlage (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

§ 313 Perturbação das bases contratuais

(1) Caso as circunstâncias nas quais se baseou o contrato sofrerem drásticas e imprevisíveis mudanças após sua pactuação, em face de cuja previsão as partes teriam deixado de contratar ou contratado diferentemente, a adaptação do contrato pode ser exigida, desde que uma das partes não esteja obrigada, por contrato ou lei, em face das circunstâncias do caso concreto, a arcar com os riscos advindos da relação.

(2) Também se considerarão mudadas as circunstâncias quando as pressuposições das partes que serviram como base para o contrato se mostrarem posteriormente erradas.

(3) Se a adaptação contrato não for possível, e nenhuma parte puder ser responsabilizada pelos riscos, então pode a parte prejudicada se retirar da relação contratual. Nos contratos continuados, o direito de denúncia é substituído pelo de resolução contratual.

Solução muito parecida é adotada pelo Código Civil português em seu artigo 437, que se inspira muito no BGB.³³ Segundo Venosa, é a “solução mais elegante e eficiente” para os casos de onerosidade excessiva.³⁴

Essa teoria se difere da imprevisão especialmente por não dar ênfase à imprevisibilidade e extraordinariedade do evento que perturbe as bases do negócio. Este, mesmo que relativamente normal, pode, a princípio, ensejar a revisão contratual.

1.1.3. A onerosidade excessiva no direito brasileiro.

No Brasil, a resolução contratual por onerosidade excessiva está prevista nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002:

33 VICENTE, Dário Moura. Op. cit., p. 289.

34 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 129.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Como se vê, o legislador brasileiro adotou conceito muito similar ao italiano, mas não se referiu expressamente à “álea ordinária”, à qual o *Codice Civile* celebrenemente refere-se. De diversas outras formas, porém, os brasileiros mantêm a ênfase dada pelos italianos à extraordinariedade do evento, aliada à sua imprevisibilidade. Assim, Diniz afirma que “não se poderá admitir a *rebus sic stantibus* se o risco advindo for normal ao contrato”.³⁵ Sílvio Venosa, Judith Martins-Costa e Orlando Gomes também se referem à necessidade de o risco concretizado escapar àqueles “normais” ao negócio.³⁶ Desse modo, expressa-se o enunciado 366 da 4ª Jornada de Direito Civil:

366. O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

35 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 164.

36 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 118; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 599; GOMES, Orlando. Op. cit. p. 180.

Martins-Costa explica detalhadamente quais são os requisitos para que a onerosidade excessiva seja reconhecida no Brasil³⁷:

(i) que o contrato não se classifique como de execução instantânea; (ii) que o fator do desequilíbrio seja superveniente, isto é, que o evento causador da excessiva onerosidade seja superveniente à conclusão de contrato comutativo, ou de seus aditamentos; bem como que o evento causador do desequilíbrio; (iii) tenha sido, no momento da conclusão do contrato (ou da sua renovação, ou do aditamento), imprevisível às partes; (iv) não seja imputável à parte que o alega; (v) cause a uma das partes «onerosidade excessiva» e (vi) à outra parte «extrema vantagem» e (vii) escape ao risco próprio do negócio, isto é: que o risco não se classifique como «risco normal do negócio»

No entanto, o artigo 478 não é único mecanismo com o qual se tratam os casos de onerosidade excessiva brasileiros. Há também o artigo 317:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Segundo Wald, tal artigo “trata-se de forma de revisão destinada exclusivamente a assegurar a permanência, durante toda a execução do contrato, da situação contratual real existente no momento da sua celebração”.³⁸ Ainda que a definição pareça por demais similar ao outro artigo estudado, como aponta Garcia, em que pesem seus diversos pontos de contato, esse mecanismo não é igual ao artigo 478.³⁹

37 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 598-599.

38 WALD, Arnoldo. Op. cit. p. 13.

39 GARCIA, Sebastião Carlos. Op. cit. p. 6-7.

Garcia explica, citando Diniz, que o reajuste do artigo 317 “cinge-se e se restringe ao ajustamento da valoração pecuniária da prestação relativa ao adimplemento contratual; e não, propriamente, ao contrato em essência”. Segundo o autor, essa diferença fica mais clara ao se reparar que o artigo fica no capítulo de adimplemento das obrigações, e não no sobre contratos propriamente ditos.⁴⁰

Isso quer dizer que o objeto do contrato não pode mudar, a prestação não pode ser qualitativamente modificada, tampouco pode-se prestar algo diferente do pactuado: simplesmente reajusta-se o valor pecuniário anterior à nova situação. Desse modo, não cabe, por meio do artigo 317, que se fale em resolução ou renegociação do contrato, mas somente sua correção monetária pela corte. Esse artigo estabelece uma cláusula de correção no valor das prestações contratuais de dinheiro, mas não pode alterar seu conteúdo.⁴¹

Não há unanimidade entre as justificativas para a aplicação da teoria, mas elas costumam girar em torno de função social e econômica do contrato, bem como boa-fé e justiça contratual. Entretanto, jurisprudência acaba, por vezes, misturando todos esses conceitos de modo relativamente vago e aparentemente inadequado.⁴²

Para Diniz, o ordenamento jurídico brasileiro tem entre suas funções a promoção da igualdade econômica, e aplicação da teoria a contratos profundamente desequilibrados visa a cumprir tal objeti-

40 DINIZ, Maria Helena. Código Civil (LGL\2002\400) anotado. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. In: GARCIA, Sebastião Carlos. *Revisão dos contratos*. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 856, 2007, p. 6-7.

41 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 577.

42 STJ. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.228.006 Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 02.10.13. Data de Publicação: 02.10.2013 Reconheceu pelos próprios fundamentos a decisão do tribunal *a quo*, na qual se lia: “A teoria da imprevisão cabe perfeitamente ao caso vertente (...). Devem ser observados os princípios da função social do contrato, de equidade retributiva e de boa-fé objetiva, respeitando-se os princípios de probidade e boa-fé. Ressalte-se que a ocorrência dos fatos econômicos e naturais – doença – prejudicou em muito os Apelados, que trabalharam arduamente para chegar a colheita dos frutos, não sendo justo os mesmos assumirem todo o prejuízo e beneficiar o Apelante.”

vo.⁴³ Venosa, por sua vez, pondera que a teoria auxilia no cumprimento dos “fins práticos, econômicos e sociais do contrato”.⁴⁴ Similar, porém mais pragmaticamente, Wald argumenta que o reequilíbrio dos contratos nesses casos realizaria a manutenção de sua função social, que é movimentar a economia.⁴⁵ Ainda, segundo Gagliano e Pamplona, a teoria seria uma aplicação direta da boa-fé objetiva.⁴⁶

Em vista de todas essas justificativas, cabe lembrar a ressalva de Martins-Costa – feita, à ocasião, especificamente em relação à boa-fé objetiva, mas que pode ser aplicada a noções como função social e justiça contratual – de que deve haver delimitações e procedimentos claros para a aplicação de todos esses institutos, sob pena de um uso inadequado e arbitrário pelos tribunais.⁴⁷

Isso é especialmente importante quando se trata de contratos empresariais e entre iguais, que são o escopo deste trabalho. Assim, segundo a mesma autora, nesse tipo de negócio deve preponderar sempre a autonomia privada, uma vez que eles são regidos por “princípios peculiares, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa”. Nesses casos, a boa-fé objetiva não deve ter aplicação direta: o princípio do equilíbrio disposto nos artigos em análise do Código Civil de 2002 deve ser aplicado imediatamente.

Essa opinião parece estar de acordo com a doutrina majoritária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O apoio da doutrina pode ser inferido tendo em vista o enunciado 25 da 1ª Jornada de Direito Empresarial:

43 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 163

44 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3, p. 118.

45 WALD, Arnoldo. Op. cit. p. 20.

46 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 310

47 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 10-11, *ibid.*, p. 606-607.

25. A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

O STJ também já se manifestou nesse sentido, afirmando que “contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças”.⁴⁸

É nessa direção que parece apontar a jurisprudência do tribunal como um todo.

Realmente, a jurisprudência infraconstitucional máxima brasileira se mostra bastante rígida para conceder a resolução por onerosidade excessiva, diferentemente do que os autores analisados no começo deste trabalho poderiam nos fazer crer: percebe-se claramente que a enorme maioria dos pleitos do tipo são indeferidos pelo Tribunal.

Desse modo, nos últimos anos o STJ decidiu: que um aumento de cerca de 40% no preço da soja em um contrato de venda futura, em razão de doença na lavoura, não era motivo para resolução – utilizando-se dos dois últimos precedentes acima⁴⁹ –, que a perda do

48 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 936.741. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 03.11.11. Data de Publicação: 08.03.12. DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. (...)

49 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 679.135. Relator: Min. Aldir Passarinho Jr. Data de Julgamento: 15.12.09. Data de Publicação: 08.02.2010.

emprego é também fato previsível e não justifica revisão de contrato de financiamento⁵⁰, que a variação cambial severa não incita resolução de contrato rural⁵¹.

Ainda, em caso igual ao primeiro listado acima, o Ministro Luís Felipe Salomão justificou o indeferimento do pleito de onerosidade excessiva argumentando que em um contrato de compra e venda futura, o vendedor se resguarda de eventuais decréscimos no preço do produto e, por isso, não deve se eximir de cumprir a obrigação quando o contrário ocorre⁵². Tal justificativa se assemelha muito com a visão de *bargain* do *Common Law*, que será analisada abaixo.

Percebe-se, mesmo assim, que a onerosidade excessiva não é aplicada com pouca rigorosidade no Brasil, diferentemente do que análises iniciais poderiam fazer crer. Essa constatação nos leva a acreditar que nosso ordenamento não seja tão radicalmente distinto do americano, por exemplo. As diferenças, porém, hão de continuar sendo várias. Basta reparar que o artigo 480 do nosso Código Civil – que trata dos contratos em razão do qual só uma das partes tem obrigações – seria impossível na *Common Law*, afinal, tais tipos de contrato não possuem *consideration*, portanto não existem.

1.2. Common Law.

Na *Common Law*, também há diferenças substanciais no modo como a onerosidade excessiva é encarada. Na verdade, a *hardship* – que talvez seja a expressão mais próxima para o conceito em análise – não é vista como um instituto jurídico, como na *Civil*

50 STJ. 4ª Turma. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.514.093. Relator: Min. Marco Buzzi. Data de Julgamento: 25.10.16. Data de Publicação: 07.11.2016.

51 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 936.741. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 03.11.2011. Data de Publicação: 08.03.2012.

52 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 945.166. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Data de Julgamento: 28.02.12. Data de Publicação: 12.03.2012.

Law, mas somente como uma situação fática estabelecida em determinada relação contratual.⁵³

Nos Estados Unidos, fala-se em *impossibility*, *frustration* e *impracticability*. Já na Inglaterra usa-se o termo *frustration*, tanto para as situações também assim denominadas no direito norte-americano, como para os casos de *impossibility*.⁵⁴ Os ingleses não reconhecem a *impracticability*.

Perillo afirma que, no que tange a *hardship*, o direito estadunidense se aproxima mais dos países de *civil law* – especificamente a Itália – do que da Inglaterra. Isso, pois esta é “completamente rígida e não permite qualquer adaptação do contrato” enquanto os demais são “muito mais flexíveis de diversas maneiras”.⁵⁵ Desse modo, faz sentido que analisemos primeiro as práticas inglesas para, em seguida, contrapô-las às americanas.

Primeiro, no entanto, cumpre ressaltar que ambos os ordenamentos partiram da concepção que vigorou por mais de um século em toda a *Common Law* de que as partes contratantes jamais poderiam se desobrigar de suas promessas, visto que ambas assumem os riscos de grandes perdas por circunstâncias inesperadas, assim como a possibilidade de grandes ganhos pela mesma razão. O *leading case* desse modo de pensar foi o *Paradine v. Jane* [1647], como explicado por Perillo:⁵⁶

This was an action by the landlord for rent. In defense, the tenant answered that he had been ousted from possession by the King's enemies, led by

53 PERILLO, Joseph. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996. p. 1.

54 Idem. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. *Contratación internacional – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*. p. 111.

55 Idem. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*. p. 8.

56 Ibidem. p. 1-2.

a foreign prince, these events occurring during a civil war. The court held that the defense was not sustainable. The court explained its ruling with the following thoughts. First, the tenant would have been entitled to the benefits of unanticipated profits if there had been any. Therefore, the tenant should bear the burdens of unanticipated losses. Second, the actions of the King's enemies might have excused an obligation imposed by law, but it would not excuse a self-imposed obligation. This is because the tenant could have guarded against the risk by contract, that is, by negotiating an excuse to the effect that ouster from possession by the King's enemies would excuse the obligation to pay rent. In short, an obligation voluntarily assumed has greater rigidity than an obligation imposed by law.

Como explicado por Timm⁵⁷ e Perillo⁵⁸, a corte inglesa reviu tal posicionamento pela primeira vez em *Taylor v. Caldwell* [1863]. O autor havia alugado um teatro do réu para promover uma série de eventos em diferentes dias no curso de um mês. Pouco antes da data do primeiro evento, entretanto, o teatro foi destruído por um incêndio. Taylor, então, processou Caldwell por quebra contratual, pleiteando que fossem compensadas ao menos as grandes quantias gastas com propagandas e preparações para os eventos. Segundo a corte (tradução nossa), “não há dúvida de que um contrato para fazer algo (...) deve ser cumprido, ainda que venha a ficar mais oneroso ou até impossível por um acidente inesperado (...) mas essa regra só pode ser aplicada quando o negócio não se sujeita a condições, explícitas ou implícitas.”

A corte decidiu, então, que a existência do teatro era um pressuposto sobre o qual as partes firmaram o contrato, sem ao menos ter contemplado a possibilidade de sua destruição. Tal existência seria, desse modo, um condição implícita para que o contrato pudesse ser

57 TIMM, Luciano Benetti. Op. cit. p. 557-558.

58 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 4.

cumprido, e sua destruição deveria eximir ambas as partes desse cumprimento. Conforme Perillo, esse caso estabeleceu o precedente de que impossibilidade ou “dificuldades que beiram a impossibilidade” podem ensejar a liberação das partes do contrato.⁵⁹

No caso acima, o cumprimento do contrato havia se tornado realmente impossível. Alguns anos depois, contudo, um novo caso levou a corte a decidir que um evento que não impossibilite a prestação, mas torne-a absolutamente inútil a quem deveria recebê-la, também pode levar à desobrigação do contrato.⁶⁰ Tal precedente foi lançado pelo mais célebre dos *Coronation Cases*, *Krell v. Henry* [1904].

O impasse aconteceu no contexto da coroação do rei Edward VII, que aconteceria na Catedral de Westminster e em seguida promoveria uma procissão pelas ruas de Londres. Krell, que tinha um *flat* na cidade, colocou-o para alugar durante os dois dias – e não as noites – em que a procissão ocorreria. Henry alugou-o por £75, pagando £25 como “sinal” e deixando o resto para depois do uso. Entretanto, o rei ficou doente alguns dias antes, e a coroação foi adiada. Henry não pagou o resto do aluguel, e Krell o processou por isso.

A corte entendeu que o motivo do contrato era unicamente proporcionar um bom lugar para assistir à coroação, cujo acontecimento era pressuposto básico do negócio. Eisenberg ilustra tal entendimento com o voto do *Lord Vaughan Williams*, que afirmou (tradução nossa) não poder ser “razoavelmente suposto que as partes, ao firmarem o contrato, contemplaram a possibilidade de que a coroação não aconteceria nos dias previstos”. Desse modo, o cumprimento do acordo não era impossível, Henry ainda poderia utilizar o apartamento de Krell nos dias combinados, mas a proposta do negócio, sua razão de ser, havia sido destruída, e o contrato não tinha mais sentido. Assim desenvolveu-se a doutrina da *frustration of purpose*.⁶¹

59 Ibidem. p. 6

60 Ibidem. p. 7.

61 EISENBERG, Melvin A. Impossibility, impracticability and frustration. *Journal of Legal Analysis*, Oxford, v. 1, nº 1, 2009. p. 211.

1.2.1. Inglaterra.

Explicados os casos mais importantes, passemos à *Common Law* da Inglaterra. Como já dito, os ingleses somente reconhecem o conceito de *frustration of purpose*, que engloba a *impossibility*, e não contemplam a *impracticability*. Segundo McKendrick “um contrato é frustrado quando, após firmado, eventos ocorrem que fazem com que seu cumprimento se torne impossível, ilegal ou algo radicalmente distinto do que fora inicialmente contemplado pelas partes”⁶². Foi isso que aconteceu em *Krell v. Henry* e, por exemplo, *Hirji Mulji v. Cbeong Yue Steamship Co* [1926]⁶³.

McKendrick prossegue afirmando que essa doutrina é aplicada muito raramente e com muita relutância pelas cortes inglesas por dois motivos: elas não querem eximir as partes das consequências de um mau negócio e acreditam que as próprias partes devem se proteger contra a ocorrência de eventos inesperados.

O *leading case* que ilustra essa primeira razão é *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* [1956]. Nesse caso, o autor havia concordado em construir 78 casas para o réu, em 8 meses, por £94.000, mas, devido à falta de mão-de-obra, o serviço acabou levando 22 meses e custando £115.000. A corte negou o pleito de *frustration* feito pelo autor, e Lord Radcliffe proferiu um voto que definiu a doutrina de *frustration* e é largamente usado pelos tribunais. Como citado por McKendrick, para se falar em *frustration* “deve haver tamanha mudança no significado da obrigação que faça com que,

62 MCKENDRICK, Ewan. Op. cit. p. 254 (tradução nossa).

63 Nesse caso, a ré havia se comprometido a entregar o navio *The Singaporean* à autora em Cingapura, em 01/03/1917. Pouco tempos antes, porém, o rei da Inglaterra determinou que o navio fosse cedido ao governo durante certo período de tempo. A ré notificou a autora, que concordou em adiar o contrato. O navio só foi liberado, contudo, no final de fevereiro, e a ré notificou a autora em 02/03/1919, ao que esta se recusou. A corte decidiu que, pelo atraso de dois anos, o contrato havia sido frustrado, afinal, alugar um navio em março de 1917 é radicalmente distinto de alugar um navio em março de 1919.

se cumprida, seja algo completamente diferente do que havia sido contratado”.⁶⁴

Especialmente, os maus negócios não serão protegidos para garantir a certeza de que os bons negócios beneficiarão aqueles que os fizerem, como em *Edwinton Commercial Corp, Global Tradeways Limited v. Tsaviris Russ Ltd (The Sea Angel)* [2006].⁶⁵

A segunda razão, conforme McKendrick, deriva da extrema liberdade que as partes têm para formular seus contratos como bem quiserem, sem interferência governamental, na Inglaterra. Assim, caso não construam seus negócios de modo a preverem hipóteses que alterem as circunstâncias básicas, sem incluir cláusulas como as de *force majeure* ou *hardship*, as cortes não se verão na posição de interferirem no que foi pelos próprios contratantes decidido.⁶⁶

As cortes inglesas raramente reconhecem a *frustration of purpose*: para que ela ocorra, é necessária uma mudança radical na própria identidade do contrato, não uma mera maior onerosidade, dificuldade ou até uma mudança não tão significativa em seu objeto. Assim, *Krell v. Henry* é muito mais normalmente usado para ser distinguido do caso em análise do que para embasar a *frustration*, como em *Amalgamated Investment and Property Co v. John Walker and Sons Ltd.* [1977]⁶⁷.

64 MCKENDRICK, Ewan. Op cit. p. 255.

65 O navio *The Sea Angel* havia sido contratado por 20 dias para atuar na limpeza do óleo que vazou no mar devido a um acidente envolvendo outro navio maior. Realizando essa tarefa, o *Sea Angel* acabou ficando preso por 4 meses no porto de Karachi, Paquistão, por exigências da administração portuária que posteriormente foram consideradas ilegais. A corte decidiu que esse tipo de acontecimento não era incomum em empreendimentos marítimos, ainda que naquele caso específico não pudesse ser previsto, e os donos do navio preso deveriam arcar com os custos adicionais.

66 MCKENDRICK, Ewan. Op. cit. p. 256-257.

67 Ibidem. p. 259. John Walker vendeu um prédio até então usado para confeccionar uísque à Amalgamated Investment. Esta, durante as negociações, havia perguntado se a propriedade fora tombada pelo governo. À época, de fato não era, e o réu a informou disso. Cerca de um

Interessantemente, essa formulação inglesa lembra por vezes a teoria do *Störung der Geschäftsgrundlage*, ainda que esta seja provavelmente a doutrina menos rigorosa analisada neste trabalho, e aquela, a mais rigorosa. Ambas, no entanto, atentam-se à identidade do contrato, citada tanto por Reiter, como por McKendrick: o contrato cuja identidade é destruída não deve obrigar as partes à sua execução. De igual forma, ambas não dão papel central à imprevisibilidade e extraordinariedade do evento, mas focam-se nos seus efeitos sobre a relação fática.

Acreditamos que, se *Krell v. Henry* acontecesse na Alemanha, a corte teria aplicado ali o artigo 313 do BGB em vista da destruição da base contratual que era a ocorrência da coroação. Deve-se, entretanto, respeitar a diferença de grau entre os institutos: é provável que, em *The Sea Angel* e *Amalgamated Investments*, as cortes alemãs também concedessem a revisão ou resolução dos contratos. Isso porque, em que pesem as semelhanças, a teoria alemã continua sendo bem menos rígida que a inglesa, além de considerar elementos como justiça contratual e adequação dos sinalagmas, cuja apreciação é expressamente vetada na Inglaterra.

1.2.2. Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, *frustration* é normalmente usada para casos em que o credor (*buyer, promisee*) tem sua proposta ao firmar o contrato frustrada, ao passo em que, quando é o vendedor (*seller, promisor*), fala-se em *impossibility* ou *impracticability*.⁶⁸ Este último é que o mais se parece com a onerosidade excessiva do *Civil Law*.⁶⁹

mês antes de o contrato ser assinado, contudo, a propriedade foi tombada, mas nenhuma das partes se ateu a isso, e o negócio teve seguimento. Após a compra, o autor pleiteou *frustration*, que foi negada pela corte, uma vez que o tombamento havia sido contemplado pelas partes, tanto que o autor efetivamente inquiriu acerca dele. Desse modo, tal acontecimento não ensejaria *frustration*.

68 EISENBERG, Melvin A. Op.cit. p. 210-211.

69 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 10-11. TIMM, Luciano Benetti. Op. cit. p. 557-558.

A *impracticability* foi positivada pela primeira vez no *Restatement (second) of Contracts*, em seus artigos 261 e 266, parágrafo 1º:

§ 261. Discharge by Supervening Impracticability
Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

§ 266. Existing Impracticability or Frustration
(1) Where, at the time a contract is made, a party's performance under it is impracticable without his fault because of a fact of which he has no reason to know and the non-existence of which is a basic assumption on which the contract is made, no duty to render that performance arises, unless the language or circumstances indicate the contrary.

Além disso, foi prevista no Uniform Commercial Code, UCC, em seu artigo 615, parágrafo 2º:

§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.
Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:
(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

De acordo com Fucci, um dos *leading cases* do art. 2-615 foi *Maple Farms Inc. v. City of District of Elmira* [1974], em Nova Iorque.⁷⁰

70 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 6-7.

Nesse caso, a autora havia concordado em fornecer leite ao sistema escolar de Elmira, Nova Iorque, mas, devido a diversos fatores, seu preço acabou subindo 23%. A corte decidiu que tal aumento não justificaria uma declaração de *impracticability* e estabeleceu três condições para seu reconhecimento (tradução nossa): a ocorrência de algo inesperado – “*a contingency*” –, a não alocação do risco de tal acontecimento pelas partes por meio de acordo ou costume e a transformação do negócio em algo comercialmente impraticável em razão do acontecimento.

Eisenberg considera que, para que seja conferido *judicial relief* às partes, deve ocorrer ao menos uma das seguintes hipóteses: as partes compartilhavam de uma incorreta pressuposição tácita de que algo não aconteceria ou continuaria da mesma forma durante a vida do contrato, ou um acontecimento superveniente e inesperado aumenta os custos do negócio de modo a levar uma das partes a perdas que não compunham razoavelmente os riscos assumidos por ela ao adentrá-lo.⁷¹

Explica Eisenberg que, nesse primeiro caso, as partes nem mesmo consideram a possibilidade de certo evento ocorrer. Citando seu trabalho com Lon Fuller, afirma que elas assumem inconscientemente certas circunstâncias, como “um professor que, lendo um livro, sai de seu escritório assumindo que o chão continuará a existir depois da porta para recebê-lo”. A ocorrência de tal evento faz com que se deparem com algo similar a um erro de fato. Caso elas soubessem que o evento aconteceria, teriam feito o contrato de modo diferente. Assim, deve-se considerar a existência de cláusulas implícitas segundo as quais algumas condições tácitas devem continuar existindo para que o contrato possa ser executado.⁷²

Ainda assim, não se deve atribuir muita leniência a essa concepção – que parece ser bem mais rígida que a *Störung der Geschäfts-*

71 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 209.

72 Ibidem. p. 211

grundlage –, uma vez que diversas situações que provavelmente renderiam revisões por onerosidade excessiva em *Civil Law* não tiveram o mesmo efeito sob a doutrina da *impracticability*.

Segundo Fucci, crises econômicas, variações cambiais severas, conflitos armados entre países com história de hostilidades, entre outros não costumam justificar o *relief*.⁷³ Similarmente, afirma Perillo que nem mesmo a inflação causada pela Guerra do Vietnam ou a convulsão do mercado petrolífero na Crise do Suez foram aceitas como desculpas.⁷⁴

Eisenberg explica que tais previsões tácitas, então, devem ser interpretadas de maneira bastante restritiva, levando diversos fatores do contrato em consideração. Em primeiro lugar, as partes não podem nem mesmo ter considerado o evento superveniente como algo extremamente improvável, pois, nesse caso, teriam contemplado sua possibilidade, ainda que pequena. Ou seja, o evento não deve ter ao menos passado pela cabeça das partes. Caso elas tenham feito alguma referência a ele ou de algum modo o previsto, não serão escusadas do contrato por sua ocorrência.⁷⁵

Continua o autor, esclarecendo que essas pressuposições não precisam ser “objetivamente” corretas, mas as partes devem tê-las assim considerado. Em *Krell v. Henry*, uma eventual doença do rei que causasse o adiamento da coroação não era tão improvável, mas as partes fizeram o contrato pressupondo tacitamente que isso não aconteceria.

Ainda outro quesito, de acordo com Eisenberg, é o período pelo qual o contrato se estende. Isso é especialmente relevante na comparação com a *Civil Law*, que normalmente só compreende a

73 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 18.

74 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 11.

75 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 215-216.

onerosidade excessiva em contratos de trato diferido ou continuado, ou seja, somente em contratos que se estendem razoavelmente pelo tempo. Conforme o autor, quanto mais longo o período do contrato, mais previsível se torna qualquer acontecimento, afinal, probabilisticamente tudo pode acontecer, dado tempo o bastante. Se *Taylor v. Caldwell*, por exemplo, fosse um aluguel de 20 anos, a destruição do teatro por um motivo qualquer provavelmente não seria um acontecimento imprevisível.

Para medir a probabilidade de que uma ou ambas as partes tenham previsto o evento, deve-se levar em conta sua sofisticação – empresas normalmente preveem mais possibilidades que particulares, por exemplo – quanto mais sofisticadas, mais provável que tenham previsto a possibilidade do evento inesperado.⁷⁶

O segundo quesito que pode ensejar o *judicial relief* – acontecimento superveniente e inesperado que aumente os custos de negócio de modo a levar uma das partes a perdas que não compunham razoavelmente os riscos assumidos por ela ao adentrá-lo – levanta a questão de qual é a diferença de valor que cria *impracticability*.

Fucci discute esse tópico com os casos *Ocean Tramp Tankers v. V/O Sorfracht (The Eugenia)* [1964]⁷⁷ e *Publicker Industries v. Union Carbide Corp.*⁷⁸ No primeiro, *Lord Denning* afirmou que o aumento

76 *Ibidem*. p. 216-217.

77 O navio *The Eugenia* deveria transportar uma carga de aço e ferro de Odessa até a Índia. Devido à Crise do Suez, o navio foi obrigado a tomar o caminho muito mais longo de contornar toda a costa da África até chegar ao seu destino. A corte julgou que o fechamento do Suez era previsível, uma vez que os atritos na região já aconteciam a tempos.

78 Em 1972, Carbide tinha firmado um contrato para fornecer etanol a Publicker. Dentre as cláusulas, havia uma que determinava um teto do que Carbide poderia cobrar pelo produto. Em 1973, porém começou a Guerra do Yom Kippur, que levou ao embargo do petróleo pelos países do Oriente Médio. Isso fez com que os preços em que a autora tinha que incorrer para produzir etanol crescessem cerca de 100%. Mesmo assim, a corte considerou que não poderia haver declaração de *impracticability*, visto que a cláusula de teto fazia com que a *promisor* arcasse com aumentos acima dos estipulados no preço, e a guerra no Oriente Médio não era um evento completamente imprevisível.

de preço deve ser “mais que simplesmente mais oneroso, deve ser verdadeiramente injusto que se obriguem as partes a cumprirem o contrato”. No segundo, *Judge* Weiner afirmou que “não se tem conhecimento de nenhum caso em que um aumento nos preços de menos de 100% tenha justificado *impracticability*”.⁷⁹

Eisenberg utiliza o caso *Vernon v. Los Angeles*[1955]⁸⁰, em que a corte afirmou ser “um contrato impraticável quando ele só pode ser cumprido a um preço excessivo e irrazoável”, e *Mishara Construction Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp* [1974]⁸¹. Neste, a Suprema Corte de Massachusetts afirmou que “certos riscos são tão inusuais e têm consequências tão severas, que devem estar além daqueles que compunham o escopo dos riscos inerentemente assinalados ao contrato, isto é, além do que foi acordado entre as partes. Forçar o cumprimen-

79 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 7.

80 A cidade de Vernon havia firmado com um contrato com Los Angeles para que dispusesse de seus resíduos líquidos pelo sistema de tratamento de esgoto desta. Devido a irregularidades no tratamento, contudo, foi determinado em *People v. City of Los Angeles* [1948], que todo o sistema fosse reformado, praticamente reconstruído. A *promisee* então cobrou que, para continuar utilizando o combinado no contrato prévio, Vernon pagasse os custos bem maiores advindos dos novos complexos de tratamento. Contra essa decisão, a autora pleiteou a execução específica do contrato. A corte decidiu que tal situação realmente se tratava de um caso de *impracticability*, visto que a determinação para que Los Angeles reformasse todo seu sistema de tratamento de esgoto houvera sido completamente imprevisível e causara custos que tornavam o contrato com Vernon irrazoável.

81 E Mishara havia firmado contrato com Transit-Mixed para que esta lhe fornecesse cimento durante a execução de uma obra a ser realizada por aquela. Devido a problemas trabalhistas que culminaram em um série de greves e piquetes, no entanto, Transit passou por grandes dificuldades e deixou de adimplir o contrato por 2 anos. Face a isso, Mishara adquiriu o cimento com terceiros e foi a juízo pleitear que a *promisor* pagasse seus gastos com tais compras. A ré alegou que os problemas trabalhistas ocasionaram dificuldades que levaram a *impracticability* do negócio. A corte – ressalvando que casos de greves e piquetes devem ser observados na situação concreta, uma vez que há ramos em que tais problemas são muito comuns e situações específicas em que são claramente iminentes – julgou que, nesse caso, Transit realmente não poderia ser responsabilizada pela inexecução do contrato. Este foi o primeiro caso em que a Suprema Corte de Massachusetts analisou o art. 2-615 do UCC. A leitura é recomendada: a análise da corte é profunda e permite compreender com clareza o modo como a *impracticability* é aplicada.

to, nesses casos, seria proporcionar a uma parte uma vantagem pela qual ela não pode ter barganhado nas negociações.”⁸²

Para o autor, o exemplo perfeito de um caso de *impracticability* é *Moyer v. Little Falls* [1986]⁸³, em que Moyer teria que realizar um contrato 666% mais caro que o inicialmente pactuado. Nele, a corte decidiu que tal aumento no preço não poderia ter sido de qualquer modo pretendido ou contemplado pelas partes.

Ainda, vários autores, como Perillo, defendem que a *impracticability* só pode ser reconhecida quando a forma como a obrigação deve ser executada é mudada. Para sustentar essa opinião, o professor cita *Northern Corp. v. Chugach Electric Assoc* [1974]⁸⁴.

Como explica Eisenberg, as cortes tendem a conceder *impracticability* quando a execução do contrato faria com que uma das partes tivesse grandes lucros inesperados e *unbargained for* (*windfall gains*), enquanto a outra tivesse grandes perdas que excedessem o próprio valor do contrato e a deixassem efetivamente mais pobre do que antes (*out-of-pocket losses*, ou simplesmente *pocket losses*).⁸⁵

82 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 242-243.

83 Moyer foi vencedor de um espécie de “licitação” para processar o lixo da cidade de Little Falls e levá-lo até o aterro sanitário Rose Valley, que cobraria \$1,50 por jarda cúbica de resíduos. Por irregularidades, esse aterro foi fechado, e o único disponível para o autor passou a ser o aterro Mohawk, cujo preço subiu, em um ano, de \$2,50 por jarda cúbica para \$10,00. A corte considerou que esse aumento de 666% tornava o contrato impraticável e liberou Moyer de sua execução.

84 PERILLO, Joseph. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996. Northern Corp. firmou contrato com Chugach Electric para realizar reparos na represa de uma usina hidrelétrica desta no Alaska. Após o início da execução, percebeu-se que as pedras apontadas pela ré para as obras não eram adequadas, e foi necessário buscá-las em um outro local. Para levar as pedras adequadas até à represa, porém, era necessário atravessar um rio congelado pelo qual, a princípio, seria possível passarem as máquinas e caminhões. Entretanto, após algumas tentativas, que resultaram na perda de algumas máquinas e morte de dois caminhoneiros que caíram no rio após a quebra do gelo, a autora pleiteou liberação do contrato por *impracticability*. A corte concedeu tal liberação com base no art. 2-615 do UCC.

85 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 209-210.

Com tudo isso, percebe-se que, ainda que o direito americano contenha de fato uma doutrina similar à da onerosidade excessiva, ela é aplicada com muito mais rigorosidade do que na maioria dos países de *Civil Law*. Isso pode ser claramente aferido comparando-se as exigências de aumentos de mais 100% nos custos da execução do contrato pela cortes americanas com os casos, como os italianos citados por Perillo, em que um aumento de 14% já foi considerado suficiente para revisão contratual.⁸⁶

Ainda assim, vale reparar que, ao passo em que os doutrinadores brasileiros buscaram justificar a resolução contratual com padrões mais objetivos e, até mesmo, mais pragmáticos – como função social e econômica, alegando que o contrato deve movimentar a economia e incentivar o mercado –, os americanos, mais de uma vez, justificaram a *impracticability* com termos mais vagos e idealistas, como justiça e *fairness*.

Isso não quer dizer que o direito estadunidense tornou-se mais patriarcal que o nosso, mas é uma mostra de que a separação feita por alguns autores analisados no começo deste trabalho segundo a qual a *Civil Law* se pautaria em padrões mais abstratos, e a *Common Law*, em ideais mais econômicos e mercadológicos, pode não representar mais a complexidade de ambos os sistemas nos dias de hoje.

Dessa análise, parece que a maioria dos casos analisados até aqui no Brasil e nos EUA teriam, provavelmente, consequências similares, ainda que por motivos diferentes. É extremamente provável que nenhum dos recursos especiais comentados acima teriam seus pleitos de onerosidade excessiva providos em cortes americanas. Igualmente, dificilmente se poderia imaginar que os casos em que estas concederam *impracticability* poderiam ter outro resultado no Brasil.

86 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 12.

Desse modo, não soa irrazoável argumentar que, a partir de uma visão sistemática, o artigo 478 do Código Civil Brasileiro encontra um instituto similar na noção de *impracticability* americana. O mesmo não parece poder ser dito do artigo 317: sua supressão da extraordinariedade do fato causador de desequilíbrio e, especialmente, sua determinação de que a corte corrija o contrato nos aparenta irem de encontro aos ideais do *Common Law*.

1.3. Princípios do unidroit.

Os princípios do Unidroit se assemelham muito à *Civil Law*, ao menos no que tange às suas formulações acerca de onerosidade excessiva. De modo similar ao direito italiano, brasileiro e francês, deixa muito claro que a regra geral é o cumprimento do contratos, ainda que mais oneroso a uma das partes (art. 6.1.1). Utilizando-se também de conceitos bem definidos de *good faith* e *fair dealing* (art. 1.7) e deveres de cooperação entre as partes (art. 5.1.3), o Unidroit lida com o objeto deste trabalho no art. 6.2.2:

ARTICLE 6.2.2 (Definition of hardship) There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

A melhor fonte para compreender os casos de *hardship* do

Unidroit são os comentários oficiais feitos a ele.⁸⁷ De acordo com os exemplos trazidos por eles, uma guerra entre países historicamente hostis não ensejaria onerosidade excessiva, ao passo em que um evento como a queda do Muro de Berlim ou uma queda brusca e inesperada de 80% no valor de uma moeda sim. Como ressalta Perillo, o primeiro comentário oficial traz um excerto – que foi excluído dos demais, mas parece continuar válido – que afirma ser um aumento de cerca de 50% no valor das prestações suficiente para a declaração de *hardship*.⁸⁸

Assim como o BGB, o Unidroit ressalta que a parte prejudicada não pode ter assumido o risco do evento inesperado acontecer. Como ilustração, os comentários citam o caso em que uma companhia de seguro cobra uma taxa extra dos clientes cujos contratos estão sujeitos a riscos de guerra civil ou insurreições. Caso tal risco se concretize, e a seguradora venha a ser profundamente onerada pelo negócio, não poderá pleitear declaração de onerosidade excessiva.

2. As consequências da onerosidade excessiva.

Uma vez que analisamos como e por que a onerosidade excessiva é reconhecida nos diferentes sistemas, cumpre questionarmos quais são as possíveis consequências desse reconhecimento.

De acordo com Vincenzo Roppo, na *Civil Law* pode-se falar em tutela de vínculo e tutela de ressarcimento. Esta visa a restaurar às partes suas situações como eram antes do contrato inadimplido, enquanto aquela visa a assegurar que o combinado seja de fato executado.

Roppo afirma que os sistemas de romano-germânicos tendem a privilegiar a manutenção do vínculo, ou seja, a execução do contra-

87 Idem. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación internacional* – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit. p. 116.

88 Idem. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*. p. 12.

to como especificado – sendo possível, até mesmo, medidas como execução específica das obrigações contratuais. De outro lado, a *Common Law* dá mais relevância à alocação eficiente de recursos, ainda que o contrato não se cumpra como estipulado, cuja representação máxima é o conceito de *efficient breach* advindo da *law and economics*.⁸⁹

Assim, a solução preferida pela *Civil Law* para contratos inadimplidos costuma ser a execução específica do contrato sempre que possível, ao passo em que, na *Common Law*, normalmente resolve-se o negócio com perdas e danos. Raras exceções são algumas dívidas de bens infungíveis e de direitos reais.⁹⁰

Faz sentido, então, que nos países de *Common Law*, a onerosidade excessiva seja razão somente para a resolução do contrato e pagamento de perdas e danos entre as partes. Essa mesma medida é adotada, de modo geral, nos países de *Civil Law* que adotam a teoria da Onerosidade Excessiva, especificamente Brasil e Itália. Aqueles que seguem a teoria do *Störung der Geschäftsgrundlage*, porém, – e, no escopo deste trabalho, a França – geralmente reconhecem a possibilidade do reequilíbrio do contrato ser determinado pelas próprias cortes.

Lembremos do art. 313 do BGB. Ali, está expresso que, em face do *Störung*, pode qualquer parte exigir a adaptação do contrato às novas circunstâncias. De modo similar, o artigo 437 do Código Civil Português determina que a parte lesada – e não qualquer uma – pode requerer tanto a resolução, como a adaptação do contrato.

Reiter explica que, nesses casos, a corte deve buscar alcançar o resultado mais parecido possível com o inicialmente pretendido pelas partes, a partir das novas circunstâncias, e proporcionar a ambas maior satisfação de seus interesses. Para isso, deve visar à manutenção do “sentido concreto do contrato” e ao respeito ao princípio jurí-

89 ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto Del Duemila*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 21; *Ibid.* p. 30-31.

90 TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.* p. 565.

dico da justiça contratual, mantendo o negócio equilibrado como inicialmente fora pactuado, dentro do possível.⁹¹

O Unidroit toma medida semelhante, estabelecendo no seu art. 6.2.3 que, em caso de *hardship*, a parte onerada tem o direito de exigir renegociação do contrato, em razão de cuja falha pode solicitar ao tribunal a resolução ou adaptação do negócio. Diferentemente dos ordenamentos anteriores, o artigo ressalva, contudo, que a execução do contrato não deve ser suspensa pelo pleito de *hardship*, mas somente após sua aceitação pela corte. Ainda, segundo os comentários oficiais aos princípios, as partes devem buscar a renegociação de acordo com os princípios de boa-fé e *fair dealing*, visando ao mútuo benefício e resolução do problema, e não “movimentos táticos para o próprio favorecimento”.

No ordenamento inglês, é evidente que tal adaptação não poderia acontecer, visto que a *frustration* só é reconhecida quando o adimplemento do contrato se torna impossível ou completamente sem sentido ou serventia. Nos Estados Unidos, mesmo com o reconhecimento da *impracticability*, só há notícia de um caso em que a corte realizou a revisão do contrato para as partes. Tal decisão foi proferida em *Alcoa v. Essex Group*[1980]⁹² e é extremamente criticada pela doutrina e jurisprudência em geral.⁹³

91 REITER, Christian. Op. cit. p. 138.

92 Alcoa firmou contrato com Essex Group para fornecê-lo alumínio durante cerca de 25 anos. Para limitar os riscos de flutuações de preços, as partes incluíram no contrato um complexo sistema de indexação com base no WPI (*wholesome price index*). Durante a execução do contrato, inadequações com o mecanismo de indexação relacionadas ao WPI levaram o contrato a ficar mais de 500% mais caro para a Alcoa do que o pactuado. A corte decidiu que a existência de uma diligente e complexa cláusula de indexação demonstrava claramente que a intenção das partes era limitar seus riscos e ganhos àquela margem, e que a inadequação da taxa de indexação assemelhava-se a um erro de fato, completamente extraordinário e imprevisível. Além disso, a corte, pela primeira e última vez até hoje, decidiu que era melhor tomar atitudes para manter o contrato vivo – visto que ainda havia cerca de 8 anos durante os quais ele devia vigir – do que encerrá-lo com base nesse erro. Assim, decidiu-se que os preços deveriam ser reequilibrados para o teto estipulado pela cláusula de indexação.

93 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 8.

Assim, a regra da *Common Law* é a resolução do contrato com perdas e danos, tanto para *impossibility*, quanto para *frustration* e *impracticability*. Nesse sistema, diz-se que esse é um “remédio” chamado *damages*.

Como explica McKendrick, há três tipos de *damages*, que protegem diferentes interesses maculados pelo inadimplemento contratual. Os *expectation damages* são aqueles que têm por objetivo proporcionar ao *promisee* a satisfação das suas expectativas em relação ao benefício do qual desfrutaria se o contrato houvesse sido cumprido. Os *reliance damages* visam a compensar a parte que, em razão da crença no futuro adimplemento, incorreu em custos relacionados ao contrato. Por fim, os *restitution damages* têm como meta restituir a parte que, em razão do contrato, tenha pagado de alguma forma à outra, diretamente.⁹⁴

De acordo com Eisenberg, nos Estados Unidos, em casos de *frustration* e *impossibility*, é evidente que as partes devem pagar eventuais *restitution damages*, uma vez que, do contrário, uma das partes enriqueceria de maneira completamente indevida. De igual modo, é claro que não são devidos *expectation damages*, afinal, as partes não têm culpa pelo inadimplemento. Para o autor, o problema está em identificar quando são devidos *reliance damages*.⁹⁵

Na Inglaterra, tem-se mais clareza nesse assunto: o *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* determinou que devem-se pagar *reliance damages* – além dos *restitutions damages*, que sempre devem ser pagos – toda vez em que os gastos de uma parte tiverem de alguma maneira beneficiado a outra.⁹⁶

Essa solução é similar à da Itália e do Brasil, que adotam solu-

94 MCKENDRICK, Ewan. Op. cit. p. 341-342.

95 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 232.

96 PERILLO, Joseph. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996.

ções iguais para os casos de onerosidade excessiva. Em ambos, a parte prejudicada pode pleitear a resolução do contrato. Em face dessa demanda, pode a outra parte oferecer uma renegociação, mas esta não pode ser imposta sobre ela.⁹⁷ Tal solução está expressamente prevista nos códigos de ambos os países, e não há como se criar muita controvérsia em torno dela.

A solução adotada pelos Estados Unidos para os casos de *impracticability* é mostra da maior rigidez do país na manutenção dos contratos. Segundo Eisenberg, o *promisor* deve indenizar a outra parte por *expectation damages*, adimplindo o que teria sido devido nos termos do contrato – inclusive dentro de uma margem de lucro razoável do *promisee* –, caso não tivessem ocorrido as mudanças imprevisíveis e extraordinárias.⁹⁸

É claro que eventual cláusula de *hardship*, pela qual as partes se comprometem a renegociar o contrato em termos nele acordados, obriga as partes a tal renegociação em qualquer dos ordenamentos aqui analisados.⁹⁹ Segundo Martins-Costa, a renegociação deve, inclusive, ser feita de boa-fé, e a parte que agir contrariamente a ela pode ser condenada a indenizar a outra pelos danos que causar.¹⁰⁰

Conclusão.

Há várias diferenças no conceito de contrato utilizado pela *Common* e *Civil Law* que redundam na divergência do tratamento de situações mais fáticas, como a onerosidade excessiva nos negócios.

97 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 164; ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 263.

98 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 245.

99 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 10-11.

100 MARTINS-COSTA, Judith. A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar em Contrato de Longa Duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 25, nº 10, 2010. p. 17-18.

Vários autores sustentam que o sistema anglo-americano privilegia uma lógica econômica e de mercado, dando pouca ou nenhuma atenção à justiça e adequação do equilíbrio do contrato, ao passo em que o sistema romano-germânico dá ênfase a estes conceitos, ao lado de outros, como boa-fé e função social dos contratos. Entretanto, a análise feita neste trabalho nos leva a crer que tais diferenças não são tão nitidamente marcadas.

A onerosidade excessiva na *Civil Law* voltou à tona depois da Segunda Guerra Mundial, adaptando-se a cláusula romana *rebus sic stantibus*. Para se reequilibrarem os contratos na Europa pós-guerra, foram formuladas as teorias do *Wegfall* ou *Störung der Geschäftsgrundlage* na Alemanha, da Imprevisão na França e da Onerosidade Excessiva na Itália. O Brasil adotou concepção similar à italiana. O Unidroit, à francesa.

A *Common Law* construiu, por meio de uma jurisprudência que vem sendo desenvolvida desde o século XVIII, formas específicas de lidar com a onerosidade excessiva. Nos Estados Unidos, fala-se em *impossibility*, *frustration* e *impracticability*. Já na Inglaterra usa-se o termo *frustration*, tanto para as situações também assim denominadas no direito norte-americano, como para os casos de *impossibility*.

O sistema inglês parece ser o mais rígido, visto que seu grande foco no poder da autonomia das partes para decidirem seus negócios sem praticamente nenhuma interferência estatal. Enquanto isso, o alemão aparenta ser o mais propenso à adaptação do contrato, dando maior relevância a elementos como justiça contratual. Ainda assim, pode-se comparar a *frustration* inglesa com o *Störung der Geschäftsgrundlage* germânico na medida em que, para ambos, o contrato cuja identidade é destruída não deve obrigar as partes à sua execução. De igual forma, nenhum dá papel central à imprevisibilidade e extraordinariedade do evento, focando-se os dois nos seus efeitos sobre a relação fática.

O direito estadunidense, com seu conceito de *impracticability*, vem incorporando questões acerca de justiça e equilíbrio negocial,

enquanto, ao mesmo tempo, o brasileiro vira-se também a aspectos mais técnicos e econômicos dos contratos, principalmente quando não há desequilíbrio entre o poder de barganha das partes. Assim, tal conceito norte-americano parece vir sendo aplicado de modo similar ao artigo 478 do Código Civil Brasileiro, uma vez que ambos dão direito à resolução do contrato quando fatos supervenientes extraordinários e imprevisíveis desequilibram profundamente a relação. O artigo 317, porém, parece não ser similar aos dispositivos da *Common Law*.

Entretanto, do que se estudou neste trabalho, conclui-se que, em que pesem as semelhanças, a *Common Law* ainda parece ser mais resistente para garantir a resolução por onerosidade excessiva: a Inglaterra não a reconhece quase nunca, e os Estados Unidos não a reconheceram até mesmo em casos de guerras, revoluções ou apreensões ilícitas de navios por funcionários corruptos.

As consequências do reconhecimento da onerosidade excessiva também divergem muito. Na Alemanha, França, Portugal e conforme o Unidroit, as cortes podem determinar o reequilíbrio do contrato de acordo com o que considerarem justo. No Brasil e na Itália, assim como nos países de *Common Law*, a solução é normalmente a resolução contrato, com restituição da situação anterior e eventual perdas e danos. Diferentemente dos outros três, o direito estadunidense prevê que o devedor pague ao credor o que seria pago caso o contrato não tivesse se tornado impraticável, levando em conta uma margem de lucro razoável.

O PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DO PREÇO DE PRODUTOS E SERVIÇOS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO¹

**PAYMENT WITH CREDIT CARD AS A DIFFERENTIAL
CRITERION OF THE PRICE OF PRODUCTS AND SERVICES: AN
ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW**

*Uinie Caminha
Denyson Sales do Nascimento Rios*

Resumo: O presente artigo analisa a evolução do ordenamento jurídico brasileiro em relação aos potenciais prejuízos ao consumidor decorrentes das diferentes formas de pagamento, aferindo o julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, consubstanciado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual concluiu que os descontos em compras com pagamento em dinheiro e cheque devem ser estendidos às compras com cartão de crédito. Analisam-se as diretrizes da Medida Provisória nº 764/2016 e sua conversão na Lei nº 13.455/2017, abordando-se aspectos relacionados à análise econômica do direito como instrumento analítico hábil a subsidiar a interpretação de normas e conduzir à aferição das consequências do referido julgamento, notadamente quanto aos critérios de eficiência econômica. Para tanto, desenvolve-se estudo de natureza exploratória, mediante pesquisa bibliográfica e documental, visando empreender uma abordagem

¹ Artigo recebido em 22.11.2018 e aceito em 12.12.2018.

qualitativa, com o fim de evidenciar potenciais prejuízos ao consumidor em decorrência do julgamento sob análise e a correção empreendida pela Lei nº 13.455/2017.

Palavras-chave: Descontos. Pagamento. Cartão de crédito.

Abstract: The present article analyzes the evolution of the Brazilian legal system in relation to the potential losses to the consumer due to the different forms of payment, gauging the judgment of Special Appeal nº 1.479.039/MG, embodied by the Superior Court of Justice, which concluded that discounts on purchases with cash payment and check must be extended to purchases by credit card. We analyze the guidelines of Provisional Measure No. 764/2016 and its conversion into Law No. 13.455/2017, dealing with aspects related to the economic analysis of law as an analytical tool able to subsidize the interpretation of norms and lead to the assessment of the consequences of said judgment, notably regarding the criteria of economic efficiency. In order to do so, a study of an exploratory nature is developed, through bibliographical and documentary research, aiming to undertake a qualitative approach, in order to evidence potential losses to the consumer as a result of the judgment under analysis and the correction undertaken by Law nº 13.455/2017.

Keywords: Discounts. Payment. Credit card.

Sumário: 1. Introdução. 2. A análise econômica do direito enquanto instrumento hábil a contribuir com a qualidade das decisões judiciais. 3. Os fundamentos que conduziram à concessão de idêntico desconto em compras à vista e compras com utilização de cartão de crédito (Recurso Especial nº 1.479.039/MG). 4. Os prejuízos potenciais ao consumidor: impactos negativos advindos da não utilização da análise econômica do direito no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG. 5. Da imprescindível correção normativa: edi-

ção da Medida Provisória nº 764/2016 e sua conversão na Lei nº 13.455/2017. 6. Conclusão.

1. Introdução.

O presente artigo tem o propósito de analisar a evolução do ordenamento jurídico com relação aos potenciais prejuízos ao consumidor em decorrência do entendimento jurisprudencial que havia se firmado no sentido de que os descontos outorgados em compras à vista deveriam ser igualmente estendidos às compras realizadas com a utilização de cartão de crédito, subsidiando a necessidade de alteração legislativa para a regulamentação da matéria, visando propiciar uma solução mais eficiente do ponto de vista econômico.

Tomando como premissa o julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, a situação concreta verificada no referido recurso teve como elemento de perquirição a invalidação jurídica de multas aplicadas pelos órgãos de proteção ao consumidor em face de determinados lojistas que se recusavam a outorgar descontos aos consumidores, quando esses realizavam compras se valendo da utilização de cartão de crédito, diversamente do que ocorria quando tais compras se realizavam com forma de pagamento à vista.

De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, as multas teriam sido devidamente aplicadas, uma vez que a conduta dos lojistas, em recusar a concessão de descontos em compras com cartão de crédito, retrataria violação às normas que regulamentam a relação de consumo, caracterizando abuso passível de subsidiar a aplicação das sanções administrativas.

No presente artigo, empreende-se a elaboração de argumentos que conduzem à verificação de que o referido provimento jurisdicional pautou-se unicamente em um positivismo ínsito à perquirição

estrita das normas legais vigentes à época, partindo de intelecções literais, sem consubstanciar qualquer aferição de outros métodos de interpretação – o que conduziu à necessidade de edição da Lei nº 13.455/2017, cujo objeto consistiu em admitir a diferenciação de preços de bens e serviços em função do prazo ou do instrumento utilizado para pagamento.

Consoante se evidenciará adiante, a ausência de uma análise econômica do direito no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, enquanto método hermenêutico, acabou por conduzir à possibilidade de se causar efeito economicamente danoso ao consumidor, ou seja, uma consequência completamente inversa ao que se pretendia com o referido julgamento, podendo-se citar, a título de exemplo, uma possível oneração nos preços de produtos submetidos ao mercado de consumo.

Sob esse espectro, pretende-se evidenciar que a análise econômica do direito, enquanto instrumento analítico, permite aferir a ocorrência de potenciais prejuízos ao consumidor quando se avaliam situações jurídicas reais, de modo a evidenciar que, em relações dotadas de jaez econômico, mostra-se imprescindível a utilização de tal método para que se possa contemplar as consequências materiais que o provimento jurisdicional poderá conduzir, para que se evite que o intuito de proteção a determinada categoria ou classe não conduza à ocorrência de situações prejudiciais, subvertendo materialmente o escopo que se requestava.

Ressalte-se, por oportuno, que o presente artigo visa aferir os fundamentos específicos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.479.039/MG, a fim de demonstrar que a interpretação estritamente positivista realizada pelo referido Tribunal, sem contemplar o método da análise econômica do direito, poderia conduzir a um efeito inverso da pretendida proteção ao consumidor, causando-lhe riscos de danos de caráter econômico, o que carregou a necessidade de intervenção por parte do Poder Executivo, que editou a Medida Provisória nº 764/2016, e do Poder Legislativo,

que converteu aquele instrumento normativo na Lei nº 13.455/2017, passando a permitir a existência de diferenciação de preços em decorrência do prazo de pagamento ou do instrumento utilizado para tanto, consubstanciando, materialmente, a devida proteção econômica aos interesses dos consumidores.

Tomando-se por premissa o julgamento do referido recurso, pretende-se demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça não se valeu do método de interpretação da análise econômica do direito para verificar se foi efetivada uma adequada interpretação quanto à alegada violação aos dispositivos legais estampados no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), cingindo-se precipuamente aos espectros de literalidade, consubstanciando quase que uma subsunção entre o texto legal e o caso concreto, o que acabou por possibilitar a ocorrência de eventuais prejuízos ao consumidor, tornando, por isso, imprescindível a edição da Lei nº 13.455/2017.

Nesse passo, efetiva-se a explanação de elementos conceituais pertinentes ao método de interpretação da análise econômica do direito, trazendo fundamentos hábeis a subsidiar sua adequada inteligência e cujos argumentos servirão de alento para a demonstração dos riscos de prejuízos causados ao consumidor em decorrência do julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG.

Será avaliado se o entendimento jurisprudencial de extensão da outorga de desconto na compra com pagamento em dinheiro e cheque para a compra através da utilização de cartão de crédito conduziria a uma medida economicamente ineficiente, acarretando um impacto negativo na relação de consumo.

Abordar-se-á o conteúdo intelectualivo da recente Lei nº 13.455/2017 – que foi precedida da Medida Provisória nº 764/2016 –, a qual acabou por concretizar os elementos que derivariam de uma análise econômica do direito, trazendo solução mais eficiente sob o viés econômico e, conseqüentemente, trazendo maiores benefícios ao consumidor.

No concernente aos aspectos metodológicos, o estudo tem natureza exploratória, efetivado mediante pesquisa do tipo bibliográfica e documental, consistindo na análise de literatura já publicada, bem como aferindo os dispositivos normativos que disciplinam a relação de consumo, visando empreender uma abordagem qualitativa, com o escopo de evidenciar os potenciais prejuízos advindos da ausência de uma análise econômica do direito no caso sob análise, e a devida correção com a edição da novel legislação.

2. A análise econômica do Direito enquanto instrumento hábil a contribuir com a qualidade das decisões judiciais.

O exercício da função jurisdicional pelo Estado, notadamente em decorrência da elevada produção legislativa tendente a acompanhar o complexo dinamismo social, exige uma contínua atividade hermenêutica, assim compreendida como uma ciência da interpretação que visa subtrair o relativismo decorrente de impressões subjetivas do intérprete, permitindo a vinculação do texto a critérios mais objetivos,² cujo estudo permite uma sistematização dos princípios e regras que conduzem à interpretação das leis.

Sob esse espectro, interpretar consistiria na atividade de extrair o verdadeiro significado do texto normativo, passando a empreender uma adequação entre a abstração da estrutura literal da lei e a situação concreta verificada, buscando-se o efetivo sentido da norma, de modo objetivamente válido, conforme bem afirma Paulo Bonavides:

Busca a interpretação estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto de interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em

2 SANTOS, Angeli Dias dos; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. São Paulo: Editora Boreal, 2012.

leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispense interpretação.³

Logo, o que se evidencia é que a simples leitura do texto normativo (viés meramente gramatical) não se mostra elemento suficiente para a adequada inteligência de seu significado, exigindo o exercício de uma atividade hermenêutica capaz de retirar da literalidade textual sua adequada interpretação, com o escopo de corretamente solucionar o caso concreto.

Contudo, impende consignar que a hermenêutica jurídica não apresenta nem define uma “via única” para subsidiar a interpretação normativa, havendo distintos métodos que podem ser utilizados, ressaltando-se, entretanto, que nenhum deles se mostra capaz de oferecer, por si só, um instrumento infalível hábil a fixar o preciso sentido da lei.⁴

Contudo, em que pesem os distintos métodos de interpretação, não se pode olvidar que, cada vez mais, a existência de uma relação entre as diversas ciências acabou por permitir a necessária aplicação de um raciocínio econômico na função de interpretação das normas jurídicas, subsidiando a efetivação de uma análise econômica do direito, no sentido de se valer do estudo de noções econômicas para que se possa aferir a eficiência dos provimentos jurisdicionais. Ou seja, a eficiência, sob o viés econômico, passa a constituir mais um instrumento a ser utilizado criteriosamente como elemento de caráter hermenêutico hábil a auxiliar na atividade do intérprete, no escopo de consubstanciar uma aferição mais completa do sentido do texto normativo.

O que se evidencia, portanto, é a possibilidade de um estudo de natureza interdisciplinar que, em verdade, implica no reconheci-

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 437.

4 BONAVIDES, Paulo, loc. cit.

mento de que a perspectiva econômica também constitui um referencial analítico de perquirição das normas jurídicas, caracterizando uma interação entre a ciência econômica e a ciência do direito, de modo a possibilitar uma melhor aferição das consequências econômicas que seriam decorrentes das intervenções de natureza jurídica.⁵

No mesmo sentido, acerca da necessidade de se interdisciplinar o direito e economia, eis as afirmações de Richard Posner:

[...] a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de 'Direito e Economia'.⁶

A análise econômica do direito, portanto, consiste no emprego das mais variadas ferramentas teóricas e empíricas da ciência econômica para o fim de possibilitar uma expansão dos instrumentos que subsidiam a adequada inteligência dos textos normativos, de modo a aperfeiçoar a avaliação das normas jurídicas, principalmente no que concerne às suas consequências, conforme afirmou categoricamente Ivo Gico Júnior:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.⁷

5 PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho* – una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 22-23.

6 POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473.

7 GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. Disponí-

Portanto, conforme apontado, busca-se aplicar o raciocínio econômico como instrumento a ser utilizado para subsidiar a função hermenêutica, principalmente no que se referem aos aspectos ínsitos à eficiência econômica, uma vez que o papel da economia seria criar um padrão decisório coerente na utilização de recursos escassos, caracterizando verdadeira administração da escassez.⁸

Com efeito, as diretrizes da ciência econômica podem ajudar na identificação e na prevenção das consequências dos provimentos judiciais, pois os efeitos advindos de uma interpretação desprovida de uma análise econômica poderá conduzir a um verdadeiro prejuízo social, justamente porque, em um ambiente de escassez, a alocação eficiente de recursos se mostra elemento imprescindível, cujo aspecto não pode ser desconsiderado pelo intérprete no momento de concretizar a norma jurídica.

A economia, portanto, ajuda a aferir quais consequências materiais advirão dos provimentos jurisdicionais, indicando ao intérprete qual a “melhor opção” normativa dentre aquelas existentes, notadamente porque as disposições constantes no ordenamento jurídico e a respectiva interpretação influenciam sobremaneira no comportamento dos agentes econômicos.⁹

Logo, o direito acaba por acarretar interferências na economia, sendo igualmente influenciado por essa, justamente porque acaba atuando, ao mesmo tempo, como um regulador e como verdadeiro indutor de condutas de agentes econômicos, sendo exatamente esse o motivo pelo qual caberá ao jurista contemplar as consequências de determinado provimento jurisdicional, posto que os mecanis-

vel em: “<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>”. Acesso em: 20 set. 2016.

8 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 30.

9 ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.

mos ou restrições formais – tais como as constituições, leis etc. – acabam por estruturar as próprias relações políticas, econômicas e sociais.¹⁰

De fato, conforme bem explanou Gustavo Leão:

Uma análise econômico-normativa do direito pode sugerir tanto uma menor intervenção do Estado como uma intervenção em nível superior, a depender dos resultados de um e de outro modelo. Interessa menos o modelo e mais o resultado. [...] Como já debatido linhas atrás, é o sistema normativo que fixa os fins, e a análise econômica (aliada aos demais ramos do conhecimento, como a política, a moral etc.), por meio do direito que os legitima, que vai dizer como se chegar nesse desiderato de modo menos custoso (custo econômico, mas também custo moral, político etc.). Não se tratam de fórmulas mágicas, mas de parâmetros científicos que auxiliam o Estado nesse mister. Não basta, diante de um enunciado constitucional de direito fundamental à saúde, sugerir decisões normativas ou judiciais que criem por passe de mágica essa estrutura. É preciso pensar como essa estrutura deve ser modelada para funcionar melhor e com o menor custo social futuro.¹¹

Sabendo-se que a aplicação das normas jurídicas decorre de vários feixes interpretativos que podem incidir sobre o texto legal, nada obsta que os preceitos ínsitos às ciências econômicas passem a incidir sobre a ciência do direito, sendo, por isso, que a análise econômica do direito passa a retratar um relevante instrumento analítico, notadamente no que se refere ao conceito de eficiência.

10 NORTH, Douglass C. 1991. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 5, n.1, winter of 1991, p. 97-112.

11 LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. *A análise econômica do direito como instrumento analítico na prática jurídica: a forma e o conteúdo do direito: uma visão interdisciplinar*. Disponível em: “http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13951”. Acesso em: 10 set. 2016.

Impende consignar que há críticas quanto ao estabelecimento da eficiência como critério de prioridade para a análise econômica do direito, sob o fundamento de que a legislação não deve constituir um instrumento de variação para a maximização de riquezas, bem como que, em função de sua eminente característica técnica e racional, as decisões econômicas não deveriam ser confiadas aos juízes, que carecem de treinamento e informação adequada,¹² o que, contudo, vale objetar, não consiste em elemento suficiente para ilidir a adoção de técnicas econômicas por parte de magistrados, notadamente porque a aferição dos impactos advindos da decisão judicial, ainda que de forma incompleta ou imprecisa, se mostra conduta mais segura que a ausência de qualquer perquirição das consequências econômicas dos provimentos jurisdicionais, os quais poderiam conduzir a graves impactos sociais.

Discutindo sobre aspectos entre economia e direito, o renomado Ronald Coase – catedrático da Universidade de Chicago e ganhador do prêmio Nobel em Economia no ano de 1992 –, em sua obra “*The problem of social cost*”,¹³ empreendeu a elaboração de uma teoria intitulada de “Teorema de Coase”, cuja essência pressupunha que, em um ambiente de “custos de transação”¹⁴ iguais a zero, os próprios agentes envolvidos encontrariam a medida mais eficiente, independentemente da interferência de dispositivos legais.

Embora em uma situação real não seja possível a existência de um ambiente de “custos de transação” iguais a zero, a medida adota-

12 BUCHANAN, James M. Buena economía. Mal derecho. In: ROEMER, Andrés (Org.). *Derecho y Economía: una revisión de la Literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 123-132.

13 COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct., 1960.

14 “Custos de transação” podem ser caracterizados como elementos decorrentes de assimetria de informações que acabam por impactar na relação mercantil, consistindo em um dispêndio de recursos para fins de planejamento, adaptação e monitoramento das interações entre os agentes econômicos (PONDÉ, João Luiz. Custos de transação e inovações institucionais. Texto para Discussão. *IE/UNICAMP*, Campinas, n. 38, 1994, p. 11).

da por Coase permite que seja a situação analisada sem externalidades para que se possa aferir a medida mais eficiente sob o ponto de vista econômico, no sentido de maximizar a riqueza dos agentes envolvidos, muito embora a solução adotada possa não ser sempre a mais justa, moral ou ética, habilitando ao julgador a aferição ampla das consequências do ato judicial.

Discorrendo sobre o conceito de eficiência na ótica econômica, merece destaque o trabalho desenvolvido por Kaldor e Hicks, para quem a eficiência ocorre quando gerar o máximo de bem estar ao maior número de pessoas,¹⁵ retratando o parâmetro do somatório simples, ainda que alguns dos agentes envolvidos tenha alguma perda, desde que o sistema como um todo tenha obtido algum ganho.

Já o conceito de eficiência desenvolvido por Valfrido Pareto, entende-se como sendo a hipótese em que, numa sociedade, há melhoria a determinado agente sem que isso importe em piora para outro,¹⁶ sendo relevante a distinção entre o que seria “maximização de utilidade” (satisfação pessoal) e “maximização de riqueza” (aferição de valor), de modo que o bem-estar se avaliaria em termos de utilidade, de tal sorte que a transferência de determinado bem ocorre daquele que o valoriza menos para aquele que o valoriza mais.

Em que pesem as peculiaridades entre distintos conceitos de eficiência econômica, não há dúvidas quanto à possibilidade de compatibilização entre justiça e eficiência, bastando que sejam estabelecidas diretrizes dotadas de certa objetividade, mitigando arbitrariedades ou subjetivismos, no intuito de extrair da norma uma interpretação que conduza, ao mesmo tempo, em uma medida eficiente, principalmente para que se possa aferir as consequências que advirão da decisão judicial.

A análise econômica do direito, portanto, caracteriza-se como

15 ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel, op. cit, p. 1-15.

16 Idem, p. 1-15.

um dos instrumentos analíticos que se mostram aptos a subsidiar a interpretação do ordenamento jurídico, na tentativa de empreender uma decisão mais justa e, ao mesmo tempo, mais eficiente, permitindo-se um equilíbrio que subsidie um desenvolvimento econômico sustentável, evitando-se que sejam causados desastrosos impactos econômico-sociais.

3. Os fundamentos que conduziram à concessão de idêntico desconto em compras à vista e compras com utilização de cartão de crédito (Recurso Especial Nº 1.479.039/MG).

A Câmara de Dirigentes Lojistas da cidade de Belo Horizonte/MG (CDL-BH) impetrou uma ação de Mandado de Segurança Coletivo em favor de lojistas que teriam sido alvos de fiscalização e imposição de sanções administrativas por parte da Procuradoria de Defesa do Consumidor de Minas Gerais (PROCON/MG), na pessoa de seu Secretário Executivo.

O fundamento utilizado para a autuação fiscal dos lojistas, por parte do PROCON/MG, foi de que caracterizaria uma prática abusiva, portanto ilegal, o ato dos comerciantes associados ao CDL/BH que não estendessem, para os consumidores que efetivam os pagamentos de compras por meio da utilização de cartão de crédito, os mesmos descontos que eram outorgados aos consumidores que adimpliam os valores através de pagamento em dinheiro ou cheque.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao apreciar o caso, prolatou acórdão entendendo pela denegação da segurança requestada, afirmando que, de fato, a efetivação de cobranças com preços diferenciados em relação a pagamentos efetuados em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracterizaria prática abusiva em desfavor do consumidor, acarretando a vulneração dos artigos 39 (inciso V) e 51 (inciso IV) do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Em desfavor do referido acórdão, a CDL/BH interpôs o Recurso Especial nº 1.479.039/MG, em cujos fundamentos arguiu:

[...] a venda por intermédio do cartão de crédito beneficia o consumidor que tem um maior prazo para pagamento, o que não ocorre com o consumidor que efetua suas compras à vista (dinheiro ou cheque), e que, por assim ser, tem o direito de beneficiar de descontos. Além disso, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer lei que obrigue o comerciante a praticar os mesmos preços de venda à vista – em dinheiro ou cheque – àquelas efetuadas com cartões de crédito. E atribuir uma interpretação restritiva aos arts. 39, V, e 51, IV e § 1º, da Lei n. 8.078/1990, afirmando que a prática da diferenciação de preços é configurada como vantagem excessiva não condiz com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.¹⁷

Ao efetivar o julgamento do aludido Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Segunda Turma, entendeu por negar provimento ao recurso, em acórdão assim estabelecido:

DOS CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO
I – DA DISTINÇÃO ENTRE CONSUMIDOR, EMISOR E FORNECEDOR NOS CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO (INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO)

O preço à vista deve ser estendido também aos consumidores que pagam em cartão de crédito, os quais farão jus, ainda, a eventuais descontos e promoções porventura destinados àqueles que pagam em dinheiro ou cheque.

Tal proposição se ampara na constatação de que, nas compras realizadas em cartão de crédito, é necessária uma distinção jurídica entre consumidor, emissor (eventualmente, administrador) e fornecedor.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.479.039/MG. Primeira Seção. Relator: Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 6 out. 2015.

A uma, existe uma relação jurídica entre a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão (consumidor), o qual obtém crédito e transfere àquela a responsabilização pela compra autorizada mediante o pagamento da taxa de administração ou mesmo de juros oriundos do parcelamento da fatura.

A duas, há uma relação jurídica entre a instituição financeira (empresa emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). A emissora do cartão credencia o estabelecimento comercial e assume o risco integral do crédito e de possíveis fraudes. Para que essa assunção de risco ocorra, o estabelecimento comercial repassa à emissora, a cada venda feita em cartão de crédito, um percentual dessa operação, previamente contratado.

A três, também existe uma relação jurídica entre o consumidor e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). Aqui, o estabelecimento comercial, quando possibilita aos consumidores efetuarem a compra mediante cartão de crédito, incrementa a atividade comercial, aumenta as vendas e obtém lucros, haja vista a praticidade do cartão de crédito, que o torna uma modalidade de pagamento cada vez mais costumeira.

II – DA COMPRA EM CARTÃO DE CRÉDITO COMO COMPRA À VISTA

O estabelecimento comercial tem a garantia do pagamento das compras efetuadas pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos do crédito, incluindo as possíveis fraudes.

O pagamento por cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação ou vinculação junto ao fornecedor, pois este dará ao comprador total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*, porquanto implica, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor.

A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza, portanto, prática abusiva no mercado de consumo, a qual é nociva ao equilíbrio contratual.

É a exegese do art. 39, V e X, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [...] X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços’.

Ademais, a Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entre outros, considera infração à ordem econômica, a despeito de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial.

Confira-se o art. 36, X e XI, da Lei n. 12.529/2011: ‘Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:[...] X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;’. [...], Por conseguinte, constitui prática abusiva a situação em que o fornecedor determina preços mais favoráveis para o consumidor que paga em dinheiro ou cheque em detrimento daquele consumidor que paga em cartão de crédito.

DA VEDAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Extrai-se do acórdão recorrido o seguinte excerto (fls. 344/347, e-STJ):

Sobreleva consignar que a discussão do caso vertente gira em torno da possibilidade, ou não, de se

cobrar preços diferenciados pela mesma mercadoria em decorrência do pagamento realizado através de dinheiro, cheque ou cartão de crédito. Isto é, a controvérsia versa sobre a ausência de descontos nas vendas mediante utilização de cartão de crédito e a existência desse desconto nas vendas mediante pagamento em moeda corrente ou em cheque, configurando, portanto, vulneração às normas de proteção contidas na Lei nº 8.078/1990 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. É sabido que a possibilidade de pagamento através de cartões de crédito agrega valor à empresa, haja vista que atrai maior clientela e, por outro lado, garante o efetivo pagamento, vez que a Administradora se responsabiliza pela compra efetuada pelo consumidor, ainda que este se torne inadimplente. Diante disso, quando se efetua o pagamento através do cartão de crédito, tem-se compra à vista, pois ali se finda a relação entre o consumidor e o lojista. Destarte, torna-se irrelevante o fato de o valor ser recebido posteriormente, porquanto a relação entre o consumidor e o lojista já se esgotou.

Ressalta-se, ainda, que o custo decorrente desta disponibilização do pagamento através de cartão de crédito é inerente à atividade desenvolvida pelos lojistas, e por estes deve ser suportado, sob pena de repartir os riscos da atividade ao consumidor. De mais a mais, há que se levar em consideração que o comerciante não é obrigado a disponibilizar aludida forma de pagamento (cartão de crédito), mas se assim optou, deve arcar com tal ônus.

Com efeito, a cobrança de preços diferenciados por uma mesma mercadoria para o pagamento à vista, mediante dinheiro ou cheque, e para aquele efetuado por meio de cartão de crédito, constitui prática abusiva, em evidente vulneração aos arts. 39, V, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor [...] Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante' (fls. 344/346, e-STJ).

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor é zeloso quanto à preservação do equilíbrio contratual, da equidade contratual e, enfim, da justiça contratual, os quais não coexistem ante a existência de cláusulas abusivas [...] O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor traz rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num conceito aberto que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. Como bem reconheceu o Tribunal de origem, o lojista que, para mesmo produto ou serviço, oferece desconto ao consumidor que paga em dinheiro ou cheque em detrimento daquele que paga em cartão de crédito estabelece cláusula abusiva apta a transferir os riscos da atividade ao adquirente, lembrando-se que tal abusividade independe da má-fé do fornecedor.

Tampouco vinga o argumento do recorrente de que não há lei específica que vede o oferecimento de condições mais favoráveis às compras realizadas em dinheiro ou cheque, uma vez que tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei n. 12.529/2011 abrangem perfeitamente a situação, protegendo o consumidor de tais diferenciações. Forçoso concluir que, em virtude da evolução do entendimento desta Corte no tocante à inadiável tutela do consumidor, os precedentes trazidos pela recorrente não mais se prestam à solução da controvérsia nos dias atuais.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

Efetivando-se uma digressão sobre os fundamentos apresentados no acórdão, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu premissas que conduziriam à identificação da relação contratual havida entre os distintos agentes econômicos (consumidor, fornecedor e operadora de cartão de crédito), além de haver entendido que o pagamento realizado mediante a utilização de cartão de crédito retrataria modalidade de pagamento à vista *pro soluto*.

Com base em tal entendimento, passou a analisar a literalidade dos artigos 39, incisos V e X, e art. 51, ambos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), cuja interpretação mantinha relação com as diretrizes do artigo 36, incisos X e XI, da Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), para concluir que a conduta dos fornecedores resultaria em uma manifesta vantagem excessiva em detrimento dos consumidores, conduzindo a uma elevação sem justa causa dos preços, o que conduziria ao reconhecimento de infração à ordem econômica e que retrataria uma cláusula abusiva passível de correção pela via jurisdicional.

Ressalte-se, por oportuno, que os fundamentos específicos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça demonstram que foi realizada uma interpretação eminentemente literal e ideológica, limitando-se a uma mera subsunção entre o texto legal expresso e o caso concreto sob análise, mas que, conforme se evidenciará, poderá carrear prejuízos ao consumidor.

4. Os prejuízos potenciais ao consumidor: impactos negativos advindos da não utilização da análise econômica do direito no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG.

Perquirindo-se detalhadamente o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o referido Recurso Especial nº 1.479.039/MG, observa-se que houve uma subdivisão em três elementos cognitivos principais, a saber: (a) contemplação de distintas relações jurídicas envolvendo o consumidor, o fornecedor e a operadora de cartão de crédito; (b) explanações no sentido de demonstrar que o pagamento efetuado através da utilização de cartão de crédito equipara-se ao pagamento à vista, caracterizando pagamento *pro soluto*; (c) conclusão de reconhecimento de que deve ser vedada a conduta abusiva decorrente de elevação indevida de preços, caso não sejam estendidos os descontos outorgados aos pagamentos realizados por meio de dinheiro ou cheques para as compras adimplidas com a utilização de cartão de crédito.

Quanto ao primeiro aspecto, inexistem maiores considerações a serem efetivadas, porquanto não há dúvidas de que há três relações jurídicas próprias, embora ambas apresentem inequívoca conexão, formando-se uma tríade negocial (consumidor/fornecedor, consumidor/operadora de cartão de crédito, fornecedor/operadora de cartão de crédito). Com efeito, esses são os agentes econômicos envolvidos no caso em análise, sendo oportuno consignar que o efeito da decisão judicial poderá acarretar a alteração do comportamento de um dos agentes, o que afetará todos os demais, aspecto que será objeto de posterior aferição.

No concernente ao segundo aspecto suscitado pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à afirmação de que o pagamento efetuado mediante a utilização de cartão de crédito seria modalidade de pagamento à vista *pro soluto*, tal afirmação retrata, com a devida vênia, uma impropriedade técnica, merecendo algumas ponderações para fins de reflexão.

Não há dúvidas de que, no momento em que o consumidor efetiva a compra com cartão de crédito, a sua relação negocial com o fornecedor encontra-se ultimada, uma vez que, a partir de então, somente perdurarão a relação entre consumidor/operadora de cartão de crédito e entre fornecedor/operadora de cartão de crédito.

Entretanto, tal situação não retrata hipótese de pagamento *pro soluto*, pois esse se caracteriza quando a obrigação contratual desaparece sendo substituída por um título, ou seja, o título é entregue ao credor e serve como extinção da obrigação contratual, remanescendo apenas a obrigação inscrita no próprio título.

No caso do pagamento efetuado através de cartão de crédito, não há transferência de título para o credor como forma de extinção da obrigação contratual, mas, sim, uma operação comercial complexa, envolvendo três agentes econômicos (consumidor, fornecedor e operadora de cartão de crédito), em relações contratuais autônomas, distintas, porém intimamente conexas, sendo tecnicamente impertinente a menção a pagamento *pro soluto*.

Tal premissa equivocada acaba por afetar a própria conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ultimato da relação contratual entre o consumidor/fornecedor não importa imediatamente em pagamento à vista, notadamente porque os valores somente serão creditados a tempo, modo e *quantum* estabelecidos na forma contratualmente prevista entre fornecedor/operadora de cartão de crédito; ou seja, o valor da compra não ingressa imediatamente no patrimônio do fornecedor nem irá ingressar no valor específico que foi objeto da compra, uma vez que a operadora de cartão de crédito retirará um percentual contratado.

De outra sorte, ao efetuar o pagamento com cartão de crédito, o consumidor igualmente não terá imediatamente retirado de seu patrimônio o valor objeto da compra, porquanto adimplirá sua fatura do cartão de crédito a tempo e modo pactuados com a operadora de cartão, o que igualmente se afasta da concepção de um pagamento à vista.

Observa-se, na realidade, uma indevida discriminação que está beneficiando o consumidor que compra com a utilização de cartão de crédito, pois, enquanto esse dispõe de um maior prazo para efetivo pagamento, podendo melhor programar-se, o consumidor que efetiva a compra com pagamento à vista (dinheiro, por exemplo) já sofre a imediata supressão de seu patrimônio quanto ao valor da compra.

O que se verifica, portanto, é que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça pautou-se unicamente em uma análise meramente literal dos dispositivos normativos – artigo 39, incisos V e X, e artigo 51, ambos da Lei n 8.078/1990 –, sem, contudo, empreender uma análise mais aprofundada da efetiva relação negocial verificada no caso concreto, e, principalmente, sem contemplar as consequências negativas que poderiam resultar do referido provimento jurisdicional.

Valendo-se das diretrizes ínsitas à análise econômica do direito, o primeiro aspecto a ser apontado, hábil a denotar uma ineficiên-

cia do provimento jurisdicional, decorre do claro prejuízo que será causado a uma gama de consumidores, uma vez que a referida medida importará em uma elevação geral dos preços dos produtos.

Com efeito, não restam dúvidas de que os fornecedores, cônscios de que deverão empreender descontos nas compras com pagamento através da utilização de cartão de crédito, passarão a incluir, no custo dos produtos, o valor correspondente ao percentual que será repassado às operadoras de cartão de crédito.

Note-se que o preço usualmente cobrado (em não sendo obrigatório o desconto) já incluía o percentual que seria repassado à operadora de cartão, sendo exatamente essa a razão pela qual se mostrava viável economicamente a efetivação de descontos nas compras em dinheiro, justamente porque, em tal caso, o numerário ingressava imediatamente no patrimônio do fornecedor, sem se submeter ao pagamento de valores a terceiros (operadora de cartão), mantendo, por conseguinte, a margem de lucro desejada pelo fornecedor.

Entretanto, com a obrigatoriedade de descontos através da utilização de cartão de crédito, a conduta que será adotada pelos fornecedores será exatamente inserir, em duplicidade, o percentual que antes seria repassado à operadora de cartão de crédito. Afirma-se que será em duplicidade em função do simples fato de que o preço cobrado deverá contemplar o repasse a ser efetivado às operadoras de cartão e a margem de lucro pretendida, de modo que, sendo obrigatório o desconto nas compras à vista e a crédito, para que seja mantida aquela margem, o percentual de repasse deverá incidir em dobro, já que, quando houver o desconto, seria mantido o *quantum* de lucro inicialmente pretendido.

O que se constata é que tal situação acarretará um claro prejuízo aos demais consumidores que não se valem de utilização de cartão de crédito, pois, enquanto antes eram agraciados com descontos nas compras, a partir de então obterão um ilusório desconto, pois terão que arcar com os mesmos valores que aqueles que efetivam

compras com cartão de crédito, mesmo esses possuindo maior prazo para efetivamente sofrerem uma redução patrimonial.

Logo, a ausência de uma análise econômica do direito acabou por subsidiar a possibilidade de um efeito extremamente danoso aos próprios consumidores, pois, ao final, todos serão prejudicados em decorrência da elevação geral dos preços, o que retrata uma consequência inversa daquela que se pretendia na decisão em referência, justamente porque, enquanto se requestava uma proteção ao consumidor, na realidade o que se viabilizou foi a possibilidade de efetivação de prejuízos, retratando uma conduta ineficiente.

É importante consignar que o entendimento jurisprudencial, no momento em que sedimenta uma interpretação do texto normativo, acaba por impor a todos os sujeitos uma mesma consequência jurídica, o que acabará influenciando nas práticas comerciais e contratuais, sujeitando a coletividade à exposição de tais práticas, ainda que nem todos os sujeitos lesionados possam ser identificados, consoante bem adverte Herman Benjamin, ao comentar os efeitos sociais da aplicação das diretrizes do Código de Defesa do Consumidor:

[...] indiferente estejam essas pessoas identificadas individualmente ou, ao revés, façam parte de uma coletividade indeterminada composta só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, ou, até, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código.¹⁸

Ademais, o que prioriza o Código de Defesa do Consumidor é exatamente proteger os interesses da parte “vulnerável”, evitando que sejam efetivadas práticas abusivas, conforme as afirmações de Cláudia Lima Marques, ao consignar que a legislação consumerista:

18 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 77, n. 628, fev. 1988, p. 69-79.

[...] supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa. Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas mesmo sendo 'consumidores stricto sensu', poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas abusivas.¹⁹

Observa-se que se outorga uma ampliação do conceito de consumidor justamente para evitar práticas abusivas por parte dos fornecedores, de tal modo que torna incontestável que a interpretação a ser outorgada às diretrizes preconizadas no Código de Defesa do Consumidor há de prestigiar a proteção a todos os sujeitos que possam ser afetados em situação de maior vulnerabilidade, com relação aos abusos possivelmente cometidos por fornecedores.

Entretanto, avaliando-se o entendimento retratado no Recurso Especial nº 1.479.039/MG, diferentemente do que se deveria esperar da interpretação das normas consumeristas, o que se verifica, de fato, é que os únicos beneficiados com a medida judicial serão exatamente os fornecedores – que passarão a cobrar mais pela venda de seus produtos, recebendo valores maiores daqueles consumidores que pagam à vista (dinheiro ou cheque) – e da operadora de cartão de crédito – que recebe o percentual de acordo com o valor do produto, de modo que esse sendo maior, maior será o *quantum* decorrente do percentual.

Outra medida que poderia ser esperada por parte dos forne-

19 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 752.

cedores, mas cujos prejuízos aos consumidores seriam um pouco menores, consistiria na conduta de não mais conceder descontos nas compras de produtos, independentemente do pagamento ser efetivado em dinheiro, cheque ou cartão de crédito, de sorte que, no preço do produto, naturalmente estaria inserido percentual a ser repassado à operadora do cartão de crédito. Nessa hipótese, o dano menor decorreria do fato de que aquele percentual não incidiria em duplicidade, mas, ainda assim, caracterizaria um prejuízo aos consumidores, beneficiando somente aquele que compra a crédito.

Ademais, uma hipótese danosa aos consumidores que também poderia ser verificada – embora não seja uma medida que, sob o aspecto comercial, fosse mais benéfica ao fornecedor – é a decisão dos fornecedores em não mais admitir a compra através da utilização de cartão de crédito, naturalmente porque o curso forçado apenas se verifica em relação ao dinheiro (moeda “real”), não havendo obrigatoriedade de recebimento do pagamento de outra forma, o que resultaria em claro prejuízo aos consumidores que necessitam da utilização de cartão de crédito para adquirir patrimônio.

O que se constata, pois, é uma gama de potenciais prejuízos a serem causados aos consumidores em decorrência de uma decisão judicial que se alentou em premissas meramente literais, sem consubstanciar uma aferição das consequências materiais que adviriam da medida adotada, precisamente em decorrência da ausência de utilização do instrumento da análise econômica do direito.

Conforme se depreende dos argumentos acima elencados, a medida adotada se mostrou ineficiente, sob a ótica de Valfrido Pareto, justamente porque a melhoria causada a determinado agente econômico (fornecedor) se pautaria na ocorrência de prejuízo a outro (consumidor).

De mesma sorte, acaso se adotasse o conceito de eficiência defendido por Kaldor-Hicks, ainda que se pudesse contemplar, hipoteticamente, que a medida poderia ser eficiente por poder gerar mais riqueza ao sistema, num somatório simples, ao final se verificaria um

maior número de pessoas sendo prejudicadas, demonstrando-se clara ineficiência econômica, porquanto a quantidade de fornecedores beneficiados é exponencialmente menor que a quantidade de consumidores prejudicados, além de que o foco perseguido pelo Superior Tribunal de Justiça foi de proteger o consumidor, quando, em verdade, causou-lhe potenciais prejuízos.

Entretanto, acaso o Superior Tribunal de Justiça tivesse se valido da análise econômica do direito, teria observado que as distinções materiais envolvendo os pagamentos efetivados em dinheiro, cheque e cartão de crédito conduziriam à impertinência de tratar ambos como situações idênticas, principalmente porque as distintas formas de adimplemento afetam tanto o consumidor – quanto ao período em que efetivamente terá o numerário retirado de sua titularidade – quanto o fornecedor – em relação ao tempo e valor que efetivamente ingressará em seu patrimônio –, de modo a evitar que os consumidores acabassem sendo os maiores possíveis prejudicados com o provimento jurisdicional, quando esse se consubstanciou exatamente com o escopo de proteger a classe consumidora.

De mesma senda, acaso se tivesse decidido que não se mostra obrigatória a efetivação de descontos nas compras realizadas com a utilização de cartões de crédito, tal situação poderia conduzir os fornecedores a trabalhar com as operadoras que tivessem menores percentuais, o que influenciaria no preço dos produtos e ensejaria, nas próprias operadoras de cartão, uma concorrência que poderia conduzir à contínua redução dos percentuais exigidos dos fornecedores, cujas medidas beneficiariam sobremaneira os consumidores, pois sempre impactariam na possibilidade de redução dos preços dos produtos.

Sob esse espectro, torna-se evidente que a análise econômica do direito constitui um instrumento analítico de extrema relevância para que a interpretação das normas e a análise do caso concreto contemplem as consequências que poderão advir do provimento jurisdicional, notadamente no que concerne à adoção de medidas efi-

cientes, pois o que se verificou no presente caso foi que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.479.039/MG, não se valeu daquele instrumento e, conseqüentemente, conduziu a um risco de causar prejuízos aos próprios consumidores de um modo geral.

5. Os da imprescindível correção normativa: edição da Medida Provisória nº 764/2016 e sua conversão na Lei nº 13.455/2017.

Verificando-se que o entendimento jurisprudencial caminhava no sentido de obrigatoriedade de idêntico desconto em pagamentos efetuados em dinheiro ou através da utilização de cartões de crédito, cuja situação poderia conduzir a prejuízos em desfavor de consumidores, tornou-se imprescindível a atuação por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo para fins de correção dos riscos advindos da atuação do Poder Judiciário.

Em tal cenário, foi editada a Medida Provisória nº 764/2016, em cujo teor estabelecia-se o seguinte:

Art. 1º. Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado. Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no *caput*.

Depreende-se da intelecção normativa, que estaria admitida a diferenciação de preços em função do prazo de pagamento ou do instrumento utilizado para tal finalidade, evidenciando, a partir de então, a viabilidade de o fornecedor estabelecer distintos descontos em pagamentos efetuados em dinheiro, cheque ou cartão.

Impende consignar a relevância dos fundamentos que conduziram à edição da referida Medida Provisória, porquanto a Mensagem

nº 704/2016, remetida pela Presidência da República ao Congresso Nacional, fez expressa referência à EMI nº 00053/2016 BACEN/MF subscrita pelo então Ministro da Fazenda, Senhor Henrique Meirelles, e pelo Presidente do Banco Central do Brasil, Senhor Ilan Goldfajn, os quais consignaram os benefícios trazidos aos consumidores e os elementos ínsitos à busca de maior eficiência econômica, afirmando que:

2. A possibilidade de diferenciação de preços constitui mecanismo importante para a melhor aferição do valor econômico de produtos e serviços e traz benefícios relevantes para a relação com os consumidores, entre os quais se destacam: i) permitir que os estabelecimentos tenham a liberdade de sinalizar, por meio de seus preços, os custos de cada instrumento de pagamento, promovendo maior eficiência econômica – a impossibilidade de diferenciar preços tende a distorcer a natureza da contestabilidade entre os diversos instrumentos de pagamento, dificultando a escolha do instrumento menos oneroso na relação de consumo; ii) alterar o equilíbrio de forças entre os agentes do mercado – o fato de os estabelecimentos terem a possibilidade de praticar preços diferenciados pode promover um maior equilíbrio no processo de negociação entre os agentes de mercado com benefícios para o consumidor; e iii) minimizar a existência de subsídio cruzado dos consumidores que não utilizam cartão (majoritariamente população de menor renda) para os consumidores que utilizam esse instrumento de pagamento (majoritariamente população de maior renda).

3. Com relação a esse último benefício, o Banco Central do Brasil, a Secretária de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e a então Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça publicaram em 2011 um estudo em que, assumindo a ausência de diferenciação de preços, estimaram a transferência de renda que ocorre entre os usuários de cartões de crédito e os demais consumidores que utilizam outros instrumentos de

pagamento, bem como os respectivos efeitos distributivos sobre as duas classes de renda da sociedade. Chegou-se ao resultado de que existe um subsídio cruzado das famílias de baixa renda para as famílias de alta renda, especialmente para o subgrupo que utiliza cartões de crédito.

4. Existem ainda evidências de que o preço médio dos produtos sob diferenciação de preços é menor do que o preço único cobrado pelos varejistas quando não existe a distinção; e de que alguns subsídios cruzados podem ser eliminados quando a diferenciação de preços é permitida, de forma que o bem-estar dos consumidores pode ser maior nesse ambiente mais transparente.

Observa-se, claramente, a efetivação de uma análise econômica do direito para fins de edição da Medida Provisória nº 764/2016, justamente porque se efetivou a expressa alusão à eficiência econômica e a clara perquirição dos impactos advindos da ausência de diferenciação de preços, quando existentes diferentes formas ou prazos de pagamento, até mesmo porque isso conduziria a uma distorção da capacidade de o consumidor escolher, entre os diversos instrumentos de pagamento, o instrumento menos oneroso na relação de consumo, além de que a diferenciação de preços alteraria as condutas dos agentes de mercado, subsidiando uma maior negociação que, ao final, beneficiaria o consumidor.

Ainda mais relevante é observar que a ausência de distinção de preços de bens ou serviços, quando evidenciadas distintas formas de pagamento, resultaria em prejuízo aos consumidores de baixa renda, os quais utilizam em menor escala a forma de pagamento mediante utilização de cartão de crédito e, assim, estariam consubstanciando um subsídio cruzado para o grupo de maior renda, já que ambos estariam adimplindo o mesmo valor, mesmo que a afetação de seus respectivos patrimônios – em compras em dinheiro ou cartão, à vista ou a prazo – ocorresse de forma completamente distinta, nada justificando, portanto, uma precificação indistinta.

Exatamente verificando a pertinência dos elementos de efi-

ciência econômica para consubstanciar efetivos benefícios aos consumidores, o Congresso Nacional entendeu por necessária a conversão da Medida Provisória nº 764/2016 na Lei nº 13.455/2017, a qual manteve inalterada a redação do texto normativo, acrescentando, contudo, a obrigação expressa ao fornecedor acerca da clara demonstração de eventuais descontos que sejam oferecidos em função do prazo ou do instrumento de pagamento a ser utilizado.

Portanto, em se verificando que o Poder Judiciário não vinha se valendo dos instrumentos analíticos advindos da análise econômica do direito, tornou-se necessária a efetivação de uma conduta positiva por parte do Poder Executivo e, posteriormente, do Poder Legislativo para consubstanciar a devida observância aos elementos ínsitos à eficiência econômica na diferenciação de preços, quando se verificasse a ocorrência de distintos prazos ou formas de pagamento utilizados, o que, ao final, resultaria em claros benefícios aos consumidores.

6. Conclusão.

O escopo requestado com o presente artigo consistiu em abordar os aspectos relacionados à análise econômica do direito, notadamente acerca dos critérios de eficiência, contemplando-a como um instrumento analítico capaz de subsidiar uma interpretação mais qualitativa das normas legais, possibilitando que sejam aferidas as consequências materiais do julgamento e os impactos negativos que podem ser carreados àqueles que são destinatários dos provimentos jurisdicionais.

Efetivou-se a perquirição dos fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, em cujo feito se entendeu que os descontos outorgados aos consumidores que efetivavam o pagamento em dinheiro e cheque deveriam ser igualmente estendidos aos consumidores que realizavam compras com a utilização de cartão de crédito.

Posteriormente, empreendendo-se um cotejo entre o referido julgamento e as diretrizes ínsitas à análise econômica do direito – as quais não foram contempladas pelo Superior Tribunal de Justiça –, demonstrou-se que o provimento jurisdicional poderia, na realidade, acarretar prejuízos aos consumidores, porquanto as peculiaridades que flanqueiam o pagamento realizado em dinheiro e cheque são demasiado distintas do pagamento realizado com cartão de crédito, de sorte que o provimento jurisdicional acarretaria, ao final, a possibilidade de uma elevação geral dos preços dos produtos, o que se mostraria medida economicamente ineficiente.

De outra senda, acaso tivessem sido adotadas as diretrizes da análise econômica do direito, o provimento jurisdicional seria dotado de maior qualidade, contemplando as possíveis consequências materiais negativas, impedindo que os consumidores pudessem ser prejudicados e, até, subsidiar um estímulo aos demais agentes econômicos envolvidos (fornecedores e operadoras de cartão de crédito) para o fim de eventualmente fomentar uma redução de preços dos produtos.

Verificando tal cenário, em que o Poder Judiciário não contemplou os elementos ínsitos à eficiência econômica, os Poderes Executivo e Legislativo passaram a atuar positivamente, o que acarretou a edição da Medida Provisória nº 764/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.455/2017, a qual admitiu a diferenciação de preços de bens e serviços em decorrência de distintos prazos ou instrumentos de pagamento, sendo importante ressaltar que os aspectos conceituais que conduziram à inovação normativa advieram de uma adequada análise econômica do direito.

REDES CONTRATUAIS E OPERAÇÕES ECONÔMICAS: ANÁLISE DA ESTRUTURA DO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA E DOS CONTRATOS DE TURISMO¹

**CONTRACTUAL NETWORKS AND ECONOMIC TRANSACTIONS:
AN ANALYSIS OF THE STRUCTURE OF THE ELECTRICAL
ENERGY MARKET AND OF TOURISM CONTRACTS**

Gabriel de Almeida Barreto

Resumo: Diante da dificuldade em conceituar dogmaticamente as redes contratuais, o presente artigo pretende analisar dois segmentos distintos de mercado, nos quais a organização dos agentes econômicos apresenta algumas das características usualmente associadas com as redes contratuais, mas em que se desenvolve uma solução mais completa aos problemas jurídicos a partir da fusão de conceitos dos subsistemas do direito regulatório e do direito dos contratos, distinta da abordagem tradicional. No primeiro exemplo, são apresentados os ambientes disponíveis para contratação no mercado de energia elétrica e aos quais os agentes econômicos podem aderir. No segundo exemplo, discutem-se julgados do Superior Tribunal de Justiça relacionados com contratos de turismo e que debatem a responsabilização de intermediários e de terceiros pelas falhas na prestação de serviços aos consumidores. A partir das dinâmicas distintas desses mercados, pretende-se evidenciar algumas das dificuldades

¹ Artigo recebido em 19.10.2018 e aceito em 13.12.2018.

em lidar com as redes contratuais e com as especificidades de cada segmento de mercado que utilize formas de organização em rede, bem como fornecer hipóteses para a solução dos problemas de responsabilidade civil advindos da ausência de um conceito legal para estes fenômenos.

Palavras-chave: Redes contratuais. Contratos empresariais. Mercado de energia elétrica. Contratos de turismo. Responsabilidade civil.

Abstract: Due to the difficulty of dogmatically construing the meaning of contractual networks, this paper analyses two different market segments, in which the organization of economic agents displays some of the features usually attached to the contractual networks, but where more complete solutions to legal problems are developed, through the merger of concepts from the regulatory and contractual laws, differently from the traditional approaches. In the first case, we analyze the contracting environments in the electrical energy market, to which economic agents may adhere. In the second case, we discuss some rulings from the highest court for non-constitutional issues related to tourism contracts, which debate the civil liability of intermediates and third parties due to failures to perform to consumers. Based on the different dynamics of these markets, we intend to demonstrate some of the difficulties in dealing with contractual networks and to markets that use network-like organizations, as well as to formulate some hypothesis for the solution of civil liability problems arising from the lack of a legal concept for the network phenomena.

Keywords: Contractual networks. Commercial agreements. Electrical energy market. Tourism contracts. Civil liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de redes contratuais. 3. Problemas teóricos, dogmáticos e características das redes. 4. Redes contratuais e contratos coligados. 5. As redes

contratuais no mercado de energia elétrica. 6.
As redes contratuais no mercado de turismo.
7. Conclusão.

1. Introdução.

As redes contratuais empresariais constituem fenômeno que, embora presente na realidade empresarial desde o surgimento do direito comercial, começou a ser tratado de forma dogmática há apenas pouco tempo. Embora a literatura econômica já tenha se ocupado anteriormente das redes, no campo jurídico esta discussão é ainda mais fresca e apresenta um campo fértil para novas ideias.

Estamos diante de uma rede de contratos quando verificada a existência de um conjunto de negócios que parecem estar ligados entre si por alguma finalidade comum, o qual faz pressupor a existência de um interesse da rede, em soma ao interesse das partes de cada um dos contratos que a formam. Apesar da definição simplificada e de algumas características comuns, usualmente apontadas pela doutrina, a operação dos diversos segmentos de mercado sugere que estamos em um mar aberto cheio de questionamentos e poucas respostas.

Deste contexto emerge a necessidade de se elaborar estudos como este, que buscam delimitar dogmaticamente este fenômeno complexo, trazendo-o ao sistema jurídico de forma a torna-lo palpável e modelável para os profissionais do mundo jurídico, procurando entender as repercussões ou aceitação desses conceitos e características na prática da resolução de conflitos.

Para tanto, devido à dificuldade de se encontrar a natureza jurídica do instituto, este artigo pretende explorar alguns exemplos de mercados em que as redes aparecem de forma clara, e nos quais estruturas de governança específicas foram modeladas para lidar com problemas como o interesse da rede, a responsabilidade da rede com relação a terceiros, a responsabilidade entre elos distantes da mesma

rede e os mecanismos de solução de controvérsias intra-rede e extra-rede.

Primeiramente, tentaremos oferecer definições gerais e importadas do cenário econômico acerca das redes, bem como algumas explicações e hipóteses sobre a sua origem enquanto estrutura econômica. Em seguida, passaremos às dificuldades em se encontrar uma definição legal do conceito de redes comerciais, e os problemas teóricos e dogmáticos advindos de uma importação indevida de um conceito não jurídico.

A seguir, como já adiantado, nos focaremos em exemplos específicos de mercados nos quais as redes ocorrem. O primeiro destes mercados é o de energia elétrica, que envolve uma multiplicidade de atores e mecanismos específicos de governança da rede, editados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. O segundo mercado é o de turismo – nele, as diversas prestações de diversos agentes econômicos são centralizadas na figura da agência de viagens, cuja responsabilidade perante os terceiros prestadores de serviços e perante os consumidores (que normalmente não possuem vínculo contratual com os terceiros) resultam numa série de julgados distintos.

Por fim, tentaremos estabelecer algumas linhas gerais de como podemos entender juridicamente as redes contratuais e como os casos específicos podem nos fornecer pistas sobre como lidar adequadamente com a formatação e resolução de disputas relacionadas a este fenômeno.

2. O conceito de redes contratuais.

Um primeiro problema aos juristas que desejam lidar com as redes contratuais é a dificuldade de encontrar um conceito jurídico para elas. Como se sabe, ao se deparar com um fenômeno social desconhecido, todo jurista se preocupa em prontamente traduzi-lo a uma linguagem atinente ao sistema jurídico, dando-lhe uma roupagem conhecida por meio da indagação de sua natureza jurídica.

Ocorre que, no campo das redes contratuais, a natureza jurídica parece ser de difícil, senão impossível, definição. Isto porque as redes constituem um fato socioeconômico complexo, que envolve demandas paradoxais do mercado unificadas em uma mesma realidade contratual. Mais do que isto, as redes podem se manifestar contratualmente de formas extremamente diversas, como as redes de distribuição, contratos de franquia, *joint ventures*, contratos de parceria, contratos de aliança, consórcios, entre tantos outros, tornando difícil a delimitação de um conceito que consiga abarcar todos estes tipos contratuais diversos.²

Como bem aponta Gunther Teubner,³ rede contratual não seria, *per se*, um conceito jurídico, mas sim o resultado de uma estrutura geralmente estabelecida por meio de contratos bilaterais que dá origem a efeitos multilaterais. Neste sentido, as redes não se encaixariam nem na categoria dos mercados (contratos bilaterais, em que há interesses opostos entre as partes, uma contraprestação que corresponde a uma prestação, relações de troca), nem tampouco na categoria das organizações (que nascem de contratos multilaterais, em que há um interesse comum, no qual todas as prestações se destinam a um mesmo objetivo, relações de hierarquia).

De acordo com o autor, qualquer tentativa de subsumir as redes dentro de conceitos tradicionais do direito privado seria inexoravelmente falha, pois acabaria por reprimir estas demandas paradoxais que ampliam a complexidade das redes, dando a elas a sua importância particular. Estas demandas ambivalentes (ou *double attribution* como define Teubner)⁴ entre coordenação de um lado e competição

2 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: RT, 2015, p. 73.

3 TEUBNER, Gunther. *Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organisation*. Stanford: Stanford University Press, 2006, p. 3-30.

4 *Idem*, p. 4 e p. 16-17.

do outro, são centrais à sobrevivência do negócio, e por isso mesmo não podem ser reprimidas por conceitos rígidos.

Assim, o sistema do direito societário seria inadequado, já que não serve à estrutura descentralizada de redes. As empresas são baseadas em estruturas hierárquicas, que pressupõem a existência de cooperação dos agentes em torno de um objetivo comum.

Dado o individualismo de e competição entre alguns “nós” das redes, o direito dos contratos seria a área sistemática mais correta, mas deveria ser transformada para se adequar às oportunidades e riscos das redes. Ademais, a presença de relações de restrições verticais geraria problemas com a identificação aos contratos, que tradicionalmente pressupõe uma relação paritária (ou ao menos sem relações de hierarquia).

Por outro lado, a criação de uma categoria única para o termo “rede” tampouco pareceria apropriada para desempenhar a função de um conceito legal técnico, já que o fenômeno redes atravessa conceitos diversos do direito privado (como direito dos contratos, direito societário, responsabilidade civil) e poderia tomar forma de vários tipos contratuais.

Sem dúvidas, essa dificuldade dogmática acaba por gerar enormes frustrações aos juristas que, sem saber qual a natureza jurídica do fenômeno que lhes é entregue, devem aprender a lidar com as definições e linguagens dadas por outros campos da ciência.

Sob uma perspectiva econômica, as redes seriam constituídas majoritariamente pelos denominados “híbridos” contratuais, por meio do qual empresas, de forma independente, se unem em torno de um determinado fim econômico, através de diversos contratos bilaterais ou multilaterais.

Ronald Coase, no quadro da Nova Economia Institucional,⁵

5 COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: Chicago University Press, 1990.

buscou explicar o surgimento das empresas por meio de uma indagação dos fatores que levariam agentes econômicos racionais a se organizarem de maneira hierárquica para produzir um bem ou serviço. De acordo com o autor, a existência de empresas e mercado seria regulada pelos denominados “custos de transação”. Assim, caso os custos de transação de determinado bem fossem superiores ao custo burocrático de produzir o mesmo bem dentro da empresa, esta optaria por produzi-lo internamente. Caso o contrário, o agente econômico realizaria uma transação no mercado para adquirir o mesmo bem de outra empresa.

Embora inovadora (e embora tenha provido um ferramental econômico importante para analisar o surgimento das empresas), o autor não chegou a tratar do fenômeno dos contratos “híbridos”, ou seja, aqueles que se localizam entre o mercado e as hierarquias. Tal tarefa coube ao seu aluno, Oliver Williamson,⁶ que parece ter chegado a respostas bastante convincentes.

Segundo este autor, haveria alguns fatores determinantes para a escolha de estruturas de governança pelos agentes econômicos, quais sejam: o grau de especificidade dos ativos, de incerteza e de frequência de uso/produção/demanda do bem. Some-se a estes determinantes a presença constante de dois pressupostos comportamentais, o oportunismo, e a racionalidade limitada dos agentes econômicos. No entanto, de todos estes fatores o mais importante seria a especificidade dos ativos.

Uma análise schumpeteriana parece corroborar a tese de Williamson: a busca pela inovação do mercado parece gerar a necessidade de superação dos esquemas tradicionais contratuais. A inovação constante pressupõe um modo de organização do sistema capitalista contemporâneo diverso daquele regulado pelo direito comercial clás-

6 WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova York: Free Press, 1985, p. 15-67.

sico, enquanto aumenta-se a especificidade e inventividade dos ativos a serem produzidos.

De fato, ao observamos exemplos de indústrias nos quais há uma complexidade das necessidades dos agentes, sobretudo tecnológica, a existência de produtos baseados em alto grau de conhecimento provoca uma incerteza dos agentes econômicos sobre o futuro do mercado. Nestes casos, há uma pressão por produtividade, baixos custos e flexibilidade (a chamada *client-specific mass production*), e as redes costumam estar presentes por permitirem uma especialização flexível.

3. Problemas teóricos, dogmáticos e características das redes.

O primeiro problema ao nos deparamos com as redes contratuais é a necessidade de definição jurídica deste conceito. Ou seja: analisar como o sistema jurídico se apropria deste fenômeno e o traduz para o seu sistema de linguagens próprio. Para tal, é essencial dissecar algumas das características principais das redes.

As redes contratuais ocorrem através de: (i) um conjunto de contratos bilaterais ou multilaterais; (ii) geralmente quando há uma relação duradoura, estável e de longo prazo entre as partes, com intensa colaboração e interdependência; (iii) na qual a eficiência e sucesso produtivo dependem de uma certa cooperação e confiança; (iv) entre partes que, embora sejam membros da rede, possuem personalidade jurídica autônoma e auferem lucros separados e individuais; e (v) mas que comungam de um propósito comum de sucesso da atividade global.⁷

Mais do que isto, os efeitos de cada contrato, individualmente considerados, repercutem, mesmo de que maneira indireta, nos de-

7 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: RT, 2015, p. 73.

mais contratos coligados em rede. Assim, acaba havendo uma coordenação de contratos diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático.

No entanto, uma rede de contratos não se confunde com um simples conjunto de contratos ou com uma pluralidade de contratos. É necessário que entre os dois ou mais contratos que formam o sistema exista um vínculo funcional, um nexos objetivo, que justifique a percepção de uma rede: a ligação entre os diversos contratos deve refletir uma mesma operação econômica que é propiciada ou potencializada pela união referida.⁸

Estas características dão origem a formações empresariais complexas, em que controle, competição, cooperação, independência, mercados, empresas, hierarquia, restrições verticais, e tantas outras características aparentemente opostas devem conviver.

Assim, parece absurdo tentar subsumir esta categoria tão abrangente e fascinante dentro das categorias tradicionais contratuais. Isto porque a classificação convencional do direito dos contratos pode servir para obstruir a regulação coerente e efetiva dos eventos sociais. Ao determinar-se que as redes pertencem a um subsistema específico, como o direito dos contratos, as regras aplicáveis à sua disciplina se tornam limitadas, deixando à margem interesses e nuances vistas como irrelevantes a este subsistema.⁹

8 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: RT, 2003.

9 COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 13-28. Nesse sentido, o autor afirma que: "it must be observed, however, that the conventional classifications can also serve to obstruct coherent and effective regulation of social events. The initial determination that a particular subsystem such as the law of contract applies to a particular event has the effect of limiting the operating rules of private law which the courts apply to the event to those contained within the classification. In turn, these operating rules further foreclose factual considerations regarded as relevant to the legal determination".

Ao que tudo indica, as redes contratuais são um determinado fenômeno que não pode ser lidado com os conceitos tradicionais, uma vez que são mais do que simples relações de mercado, sem, por outro lado, criar verdadeiras relações societárias. Assim, o estabelecimento de redes entre empresas independentes, ao eliminar a distinção entre mercado e hierarquia, contratos e empresas, acaba por causar uma irritação judicial.¹⁰

O termo “redes contratuais” não é um conceito jurídico, mas sim um conceito socioeconômico. Assim, sendo o sistema jurídico normativamente fechado, o direito privado só poderia se desenvolver por meio de sua própria lógica, interna, condicionada à sua própria trajetória.

Conforme ensina Hugh Collins,¹¹ contratos estabeleceriam “sistemas de comunicação independentes” entre indivíduos, dando às partes o poder de criar seu próprio entendimento de como seu relacionamento deverá proceder. Tratar-se-ia de sistema de comunicação, pois ele pensa sobre a relação dos indivíduos de forma particular, construindo uma imagem que reduz a complexidade da relação entre as partes a elementos que tenham significância dentro do quadro contratual, ignorando elementos irrelevantes a ela.

Assim sendo, prossegue o autor, um contrato seria um sistema auto referencial, pois envolve somente seus próprios conceitos doutrinários sobre o que configura um contrato legalmente exequível e suas próprias regras sobre o processo de negociação; e fechado, pois direciona o exame legal dos fatos com base em seus critérios estritos de relevância.¹²

10 TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 7.

11 O autor define contratos estabelecendo que eles constroem “discrete communication system between the individuals” e prossegue informando que “the practice of entering contractus, with or without legal recognition, permits individuals to reduce the complexity of social life by selecting certain precise obligations as priorities, and then to discount other more diffuse social expectations” (COLLINS, Hugh, op. cit., p. 25)

12 COLLINS, Hugh. op. cit., p. 13-28. No mesmo sentido, Teubner sugere que “legal operations, by their very operative closure and, as a matter of principle, cannot reach out into the domains

Neste sentido, a importação pura e simples da ideia de “redes contratuais” para o mundo jurídico revela-se equivocada. Conforme descreve Teubner,¹³ o fenômeno das redes “irrita” o judiciário,¹⁴ provocando os juízes a embarcarem em aventuras jurídicas, através das quais situações envolvendo redes são resolvidas de formas pouco convencionais. Uma destas manifestações é a chamada técnica de *piercing the contractual veil*, que contradiz a própria lógica do sistema, na tentativa de imputar responsabilidade à rede pelas ações de algum de seus membros.

No entanto, o autor adverte o perigo das perspectivas legislativa e judicial, por impedirem um tratamento adequado deste fenômeno. Quanto à perspectiva judicial, a sua própria realidade é limitada pela ideia de processos bilaterais, e a impossibilidade de vinculação de terceiros que não fazem parte do processo. Assim, a rede como um todo não é levada em conta na decisão, nem tampouco vinculada a ela. Já a perspectiva legislativa segue orientações políticas, inerentes à realidade de partidos políticos que agem em resposta a lobbies e com uma visão limitada dos problemas sociais reais.

Assim, a perspectiva ideal residiria na chamada “prática social reflexiva”. Sendo o Direito preocupado com orientações normativas,

of non-law. As a result, law can only reconstruct its environment internally through closes self-referential operations. This internal reconstruction of the external world is never identical with the events as they happen in the external world. Even if their substance appears to be identical, they are different because they are recontextualized” (TEUBNER, Gunther. *Alter Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. In: *Law, Society and Economy*, Richard Rawlings org. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 166).

13 TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 3.

14 Nesse sentido, Teubner sugere: “judicial irritation has a double significance. Judges are irritated by networks, and are provoked to respond to anomalies with piercing techniques that contradict the logic of their own system. In turn, judicial precedent on piercing irritates doctrine, which regards such seemingly equity-oriented, ad hoc exceptions to privity of contract as a challenge to the workability of doctrinal concepts. Is traditional doctrine in a position to qualify network phenomena to the extent that simple equitable exceptions can be transformed into conceptually precise legal network rules? Or, is the only source of help here “sociological jurisprudence?” (Ibidem, p. 1)

seria importante o estudo de outras áreas do conhecimento como *business*, *legal economics*, e teoria social, mas sempre voltado às orientações normativas.

As dicotomias entre mercado e hierarquia, cooperação e competição, inerentes ao fenômeno das redes, não podem ser levadas adiante. Elas reprimem o paradoxo essencial às redes, favorecendo uma das orientações e em detrimento da outra.

Assim, não cabe indagar se deve-se aplicar o direito dos contratos, direito societário ou direito regulatório para lidar com as redes, mas sim fazer com que o sistema jurídico promova uma autorreflexão, procurando se reestruturar para acomodar o fenômeno pela construção de novas categorias (seria necessário?) ou reformulação de categorias pré-existentes.¹⁵

Qualquer que seja a solução, deve-se atentar para o fato de que os paradoxos estabelecem uma representação mais complexa do mundo no sistema jurídico. Esta morfogênese do sistema jurídico recria a diversidade externa em suas próprias instituições e funções.

4. Redes contratuais e contratos coligados.

Diante da necessidade de incluir este paradoxo no mundo jurídico, uma alternativa oferecida por Teubner é tentar encaixar as redes no conceito jurídico de contratos coligados. Esta alternativa não foi proposta à toa pelo autor, mas senão por uma razão bastante relevante: ao contrário do Brasil, a Alemanha dispõe atualmente de disciplina legal própria aos contratos coligados, estando definidos juridicamente.

15 Sobre o tema, confira-se: “the two evolutionary mechanism of reconstructing private law doctrine and producing unexpected interpretations of events supply the legal system with its techniques for reconciling the demands of integrity based upon political principle with the need to respect the embeddedness of contractual relations in market conventions and business expectations” (COLLINS, Hugh, *op. cit.*, p. 13-28).

Os contratos coligados podem ser definidos como uma “pluralidade de contratos, que se referem uns aos outros dentro de relações bilaterais ou multilaterais, cuja interconexão gera efeitos legais diretos”.

A unidade econômica de diversos contratos bilaterais é fator determinante para contratos coligados. Assim como os contratos em rede, os contratos coligados convivem com o paradoxo da existência de múltiplos contratos direcionados para um mesmo objetivo econômico, que só pode ser atingido se todos os contratos forem cumpridos, mas que depende da independência legal de cada contrato. Ademais, os contratos coligados contêm referências recíprocas entre si, dando unidade à variedade de contratos bilaterais.

De forma similar, segundo Paula Forgioni,¹⁶ as redes seriam um “conjunto de contratos unidos por um escopo comum; o todo é divisível, visto ser possível destacar uma avença da outra, com execuções independentes”. Assim, tratar-se-iam de definições não muito distantes, já que ambas retratariam o paradoxo entre cooperação e competição, unicidade e bilateralidade. Segundo Teubner, esta realidade das redes seria o exato correlato jurídico da realidade social dos híbridos, sendo adequado como um primeiro passo para o desenvolvimento das redes.

No entanto, como o próprio Teubner deixa entender, a definição de redes contratuais através de contratos coligados constitui somente um primeiro passo à positivação das redes. Isto porque diversas de suas características essenciais ficam de fora da definição, bem como a disciplina da responsabilidade da rede com terceiros, a ideia de responsabilização entre membros da rede, entre outras.

Ademais, no Brasil, a ausência de tratamento específico legal aos contratos coligados faria com que a subsunção das redes à ideia de contratos coligados seja ineficaz e sem propósito. Sendo os con-

16 FORGIONI, Paula, op. cit., p. 72.

tratos coligados um conceito não claramente definido, permaneceria a insegurança jurídica quanto às redes contratuais.

Por fim, contratos em rede atravessam categorias extremamente variadas, como o direito dos contratos, direito societário, responsabilidade civil, direito regulatório, direito concorrencial, entre outros, de forma que a categorização deles enquanto coligados ainda assim reduziria a complexidade das redes ao subsistema de linguagem mais fechado do direito dos contratos.

5. As redes contratuais no mercado de energia elétrica.

As diferentes estruturas e mecanismos do mercado de energia elétrica servem para ilustrar e demonstrar algumas das dificuldades decorrentes das particularidades de segmentos com características típicas das redes contratuais, num ambiente marcado pela multiplicidade de agentes econômicos.

Em decorrência dos seus variados conjuntos de regras, os agentes econômicos do mercado de energia situam-se constantemente entre a regulação e a possibilidade de exercício da autonomia privada, considerando que uma parte significativa das regras existentes se limitam a criar estruturas e mercados nos quais ocorrem as negociações, não estabelecendo modelos ou limites intransponíveis que coíbem a inovação contratual.

De forma simplificada, o mercado de energia elétrica concentra três conjuntos de ambientes de negociação e contratação, cada qual com regras e mecanismos próprios: o ambiente de contratação regulada, o ambiente de contratação livre e o mercado de curto prazo.¹⁷

O ambiente de contratação regulada caracteriza-se por ser o ambiente mais restrito, com regras rígidas de contratação e objetivos

17 TOLMASQUIM, Maurício T. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. Brasília: Empresa e Pesquisa Energética, 2015, p. 105-147, 118-120 e 145-147.

bastante particulares. Sendo o modelo brasileiro resultante do período de deficiência energética no início dos anos 2000, a preocupação principal do sistema é garantir a contratação de montantes mínimos de energia elétrica, criando instrumentos de dissuasão de descumprimentos contratuais e incentivos para a geração de excedentes de energia.¹⁸

Sendo assim, os acordos do ambiente de contratação regulada são decorrentes de Leilões de Energia, em que agentes privados de geração e comercialização de energia celebram contratos de longa duração (usualmente entre 10 e 20 anos) com montantes firmes, anuais de energia elétrica. Nesse caso, a liberdade contratual é bastante restrita e as consequências de inadimplementos são severas:¹⁹ os modelos de instrumentos contratuais preparados pelo Poder Público costumam conter previsões de multas cumulativas, fazendo com que os efeitos de eventual descumprimento tenham repercussões que se prolongam ao longo da execução desses contratos de longa duração.

No ambiente de contratação livre, o nível de liberdade dos agentes econômicos é maior. Nesse caso, a energia é negociada entre agentes do mercado que possuem um grau elevado de autonomia para definir os critérios de contratação, podendo definir, de comum acordo, a quantidade de energia que será negociada, seu preço, forma de entrega ao longo do ano, duração dos contratos, estipular multas pelo descumprimento ou prêmios pela entrega de excedentes, entre outros. A execução do contrato também pode ser mais flexível, com a introdução de mecanismos de opção de compra e de venda de montantes de energia.²⁰

18 ROCHA, Fábio Amorim. *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica – Tomo II*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p. 835-839.

19 Regras de Comercialização da CCEE – Módulo 22 e Procedimentos de Comercialização da CCEE – Módulo 6.

20 ROCHA, Fábio Amorim, op. cit., p. 839-843.

Finalmente, o mercado de curto prazo²¹ apresenta um conjunto de regras subsidiárias, que funciona para diminuir os impactos dos inadimplementos dos agentes econômicos nos outros mercados e assegurar o cumprimento do objetivo geral do sistema – o suprimento de energia para o mercado. A sujeição dos agentes ao mercado de curto prazo também não é automática, sendo restrita aos casos de inadimplementos e/ou geração ou consumo de energia excedente que não foi contratada ou vendida no ambiente de contratação regulada e no ambiente de contratação livre. Alguns dos mecanismos do mercado de curto prazo serão detalhados abaixo, como soluções subsidiárias para esses inadimplementos e para lacunas que deixaram de ser reguladas privadamente pelos agentes econômicos.²²

Os três ambientes de regras também contêm um objetivo comum, o interesse geral da rede contratual – a geração e o atendimento de toda a demanda energética do Sistema Interligado Nacional (“SIN”). Apesar de ser um objetivo de interesse público, cada um dos agentes econômicos do mercado de energia também está vinculado com ele: diante dos incentivos à existência de excedentes de energia, a segurança na produção e remuneração de cada um dos contratantes aumenta. Dessa forma, cada um dos contratos bilaterais celebrados acaba se submetendo a um sistema coerente, que precisa ser respeitado.²³

Dessa forma, a atuação dos agentes e sua sujeição aos conjuntos de regras do ambiente de contratação regulada, do ambiente de contratação livre e do mercado de curto prazo demonstra a sua adesão à rede contratual, a aceitação dos seus parceiros contratuais e de uma ordem privada externa:

21 Procedimentos de Comercialização da CCEE – Módulo 5.

22 SILVEIRA, Rodrigo Maito da; VIVAN, Alexei Macorin. *Direito e Energia*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 195-198.

23 *Ibidem*, p. 193-195.

[...] in contractual networks, a heteronymous private order superimposes its demands on autonomous bilateral contracts. The reference of one contract to another entails the inclusive acceptance by the contractual partners of a foreign private order. Each bilateral contract must submit to a coherent overall system that needs to be respected. In practice, contractual conclusion is more or less reduced to a simple decision to enter into a homogeneous private order. Reference to other contracts is similar in nature to regard for standard contract terms, for the customs of the market, or for the social and technical norms. All in all, bilateral contracts are caught in the institutional logic of networks: entry as a bilateral access to a multi-lateral order, trust-based interaction, de-central coordination of a quasi-organization, and orientation of individual operations to the network purpose.²⁴

Um primeiro elemento relevante é a composição do mercado de energia. Além da possibilidade de os agentes privados assumirem, concomitantemente, diversas posições contratuais dentro do sistema (um agente de geração também poderá ser cadastrado, por exemplo, como um agente de comercialização ou distribuição), existe a atuação de um órgão central que supervisiona e operacionaliza os ditames de governança dessa rede – a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”).

A existência e escopo de atuação da CCEE²⁵ é uma necessidade e consequência da rede existente e da sua natureza. O bem econômico negociado (a energia elétrica) é vendido e cedido para terceiros desconhecidos pelo agente gerador, distribuidor e comercializados, existindo uma indefinição de compradores e uma impossibilidade de singularizar as diversas operações econômicas efetivadas por cada um dos participantes da rede. Ao final de cada mês, a atuação

24 TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 21.

25 ROCHA, Fábio Amorim. op. cit., p. 827-831.

da CCEE consiste na apuração e distribuição dos prejuízos e lucros dentro da rede.

Dessa forma, as demandas normativas das relações bilaterais e da rede contratual geram a necessidade de auto regulação desses agentes, que estabelecem estruturas básicas para que as operações econômicas possam ser concluídas.²⁶

Usualmente, agentes que encontram problemas com o cumprimento de suas obrigações contratuais devem buscar energia no mesmo ambiente de contratação, dentro do mesmo submercado e da mesma fonte de geração de energia (hídrica, eólica, solar, biomassa, dentro outros). Entretanto, nem sempre essas compensações serão possíveis: nesses casos, haverá a aplicação de regras subsidiárias²⁷ do mercado de curto prazo, particularmente o mecanismo de liquidação de diferenças²⁸ e o mecanismo de realocação de energia.²⁹

Uma das funções do mercado de curto prazo é liquidar as diferenças existentes entre a demanda geral da rede (energia consumida) e sua oferta (energia gerada). Enquanto o mecanismo de realocação de energia serve para transferir excedentes de determinados agentes e compensá-los com déficits de outros, o mecanismo de liquidação de diferenças estabelecerá quais são os créditos e débitos decorrentes da comercialização dessa energia elétrica, pré-definindo inclusive o preço dos montantes negociados, que deverão ser liquidados ao preço de liquidação de diferenças (“PLD”).³⁰

Ou seja: os agentes econômicos podem escolher dois ambien-

26 TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 19.

27 SILVEIRA, Rodrigo Maito da; VIVAN, Alexei Macorin. op. cit., p. 199-206.

28 Regras de Comercialização da CCEE – Módulo 11.

29 Regras de Comercialização da CCEE – Módulo 04.

30 TOLMASQUIM, Maurício, op. cit., p. 110-115.

tes de contratação, um dos quais é caracterizado por uma liberdade contratual relativamente ampla. Caso deixem de cumprir as suas obrigações e não obtenham uma solução contratual dentro dos mesmos ambientes, estão sujeitos aos mecanismos do mercado de curto prazo, que reduzem a sua liberdade contratual e pretendem garantir o atendimento aos bens tutelados pela rede.

Apesar da competição entre os diferentes agentes econômicos, existe um aspecto cooperativo decorrente da estrutura do mercado e das regras específicas da rede: os agentes devem cooperar para que não haja falta de energia e para que as sobras sejam corretamente repartidas.³¹

Ao contrário do que a estrutura sugere, os incentivos conferidos aos agentes econômicos privilegiam a sua permanência nos ambientes de maior liberdade contratual e dissuadem a utilização do mercado de curto prazo.

Em primeiro lugar, destaca-se a existência de punições aos agentes deficitários que acabem expostos ao mercado de curto prazo, sendo devidas multas pela falta de lastro e de garantia física da energia comercializada (ou seja, em decorrência da falta de uma fonte segura e/ou contratual de geração do montante de energia comprado).³²

Ao mesmo tempo, incentiva-se que os agentes superavitários também vendam seus excedentes no ambiente de contratação regulado ou no ambiente de contratação livre, uma vez que todos os inadimplimentos no mercado de curto prazo são rateados entre todos os participantes, que deixam de receber uma parcela de sua receita. Em casos reiterados de inadimplimento, a lógica geral do sistema é de-

31 É possível traçar um paralelo com a ideia de *network liability* e *liability of the nodes*. Nesse sentido: TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 28.

32 ROCHA, Fábio Amorim, op. cit., p. 847-849.

monstrada novamente, diante da exclusão dos agentes descumpridores.³³

Vale notar que nem todos os problemas são resolvidos contratualmente ou apenas na lógica interna do sistema. Além de uma série de críticas a respeito da definição de parte dos mecanismos subsidiários do mercado de curto prazo (como a definição do preço e da variação do PLD), existem problemas que acabam sendo resolvidos pelos agentes econômicos no Poder Judiciário, em ações que objetivam a ampliação das regras de contratação e a amplitude das operações que podem ser realizadas.

Uma das dificuldades comumente enfrentadas está relacionada com agentes geradores que devem entregar montantes determinados de energia elétrica no Ambiente de Contratação Regulado. Para garantir a entrega dos pacotes de energia contratados, esses agentes podem gerar toda a energia a partir da sua fonte geradora ou, alternativamente, podem comprar excedentes produzidos por outros geradores que se localizem no mesmo submercado e gerem energia proveniente da mesma fonte de energia.

Considerando que nem todos os submercados possuem agentes geradores com excedentes, alguns participantes entraram com ações judiciais para obter liminar que possibilitassem a compra de excedentes de outros agentes do mercado, de modo a garantir o cumprimento das suas obrigações no Ambiente de Contratação Regulado e evitar a imposição das penalidades (ou a exposição ao mercado de curto prazo). Usualmente, esses pleitos são deferidos, permitindo a compra de excedentes no ambiente de contratação livre.³⁴

33 TOLMASQUIM, Maurício, *op. cit.*, p. 112-115.

34 Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. AI – Agravo de Instrumento nº 70055846570. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Almir Porto da Rocha Filho. Data de Julgamento: 20 nov. 2013; DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Distrito Federal. Cautelar Inominada nº 1680.2014.4.01.3400. 6ª Vara Federal. Juíza: Ivani Silva da Luz. Data de Julgamento: 7 jan. 2014; e SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. AC – Apelação Cível em

Dessa forma, o segmento de energia elétrica demonstra uma abordagem possível para a organização das redes contratuais: mais do que um conjunto fixo de regras, as bases regulatórias fornecem as estruturas sob as quais os contratos bilaterais e a inovação contratual são realizados, permitindo e incentivando que os agentes econômicos encontrem as melhores formas de negociação e de organização, diante das peculiaridades das redes contratuais.

6. As redes contratuais no mercado de turismo.

Os contratos celebrados no segmento de turismo servem para ilustrar uma abordagem distinta para um mercado organizado em torno de redes, a partir simplesmente de soluções contratuais. Nesse caso, é possível obter informações relevantes a partir das decisões judiciais que envolvem o mercado de turismo, que servem como evidência da variedade na fundamentação e nos critérios de decisão utilizados por cada um dos julgados.

De forma simplificada, o objeto do contrato de turismo será definido³⁵ como a prestação do conjunto de serviços correspondentes à organização de uma viagem turística pela agência de turismo e sua posterior venda sob a denominação de pacote turístico.

A estruturação da operação econômica também é relevante e caracterizada por uma multiplicidade de instrumentos contratuais com diferentes objetos: incluem-se contratos de prestação de serviços, transporte, corretagem e outros, ligados com serviços próprios de cada um dos agentes econômicos (incluindo atendimento, recepção, câmbio e obtenção de vistos, por exemplo). A agência de turis-

Mandado de Segurança nº 317088. Terceira Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz César. Data de Julgamento: 11 jan. 2012.

35 SILVA, Luciana Padilha Leite Leão. *A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo em Face ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.

mo funciona como o ponto central dessa rede de colaboração, atuando na intermediação dos serviços de uma série de fornecedores e terceiros prestadores e oferecendo-os aos consumidores finais.

Os julgados têm analisado questões contratuais³⁶ que recaem nesse contexto, verificando a extensão da responsabilidade por inadimplementos aos terceiros prestadores de serviços (e em relação aos quais os consumidores não costumam ter relações diretas) ou aos agentes de viagens, em caso nos quais existem relações diretas entre os consumidores e os terceiros prestadores.

Numa primeira situação, uma ação de indenização foi proposta exclusivamente contra a agência de turismo. Os consumidores haviam contratado um pacote de viagens que contava com hospedagem, transporte e passeios turísticos. Em decorrência de *overbooking*, os consumidores tiveram problemas com a viagem de retorno, sendo alocados em avião distinto com destinação diferente, na mesma região do destino original. A despeito de arguir a impossibilidade de responsabilização pelo descumprimento do terceiro – a empresa aérea – a decisão do Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação das demais instâncias por danos morais.³⁷

Em sentido oposto, existe outra decisão do Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso, não foi reconhecida a responsabilidade solidária da agência de turismo para com a empresa aérea nacional que, em virtude de atraso na preparação da aeronave, causou a perda de uma conexão internacional que levaria as consumidoras (e autoras da ação) para um congresso no exterior.

Em sua decisão, o Min. Jorge Scartezzini destacou que:

[a agência de viagens] foi apenas prestadora do serviço/pacote de viagem, não podendo ser res-

36 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e Responsabilidade nos Contratos de Turismo. In: *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2011, v. II, p. 13-17.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 567.158/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Castro Filho. Data de Julgamento: 25 nov. 2003.

pensabilizada pelo controle operacional das aeronaves da VASP, e, por óbvio, pela parte técnica, ou seja, pelo defeito ou quebra da aeronave que conduziria os apelados para São Paulo, fato que teria motivado o atraso na decolagem.³⁸

A despeito do Superior Tribunal de Justiça ter majorado o montante da indenização, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da agência de viagens foi mantido.

Diferentemente das situações semelhantes, os elementos da fundamentação e a lógica da decisão não necessariamente reconhecem a natureza do relacionamento entre o intermediário dos serviços prestadores e os prestadores de serviços. Nesse sentido, um dos elementos relevantes em alguns julgados parece ser justamente o nível de responsabilidade assumido pela agência no momento da contratação.

Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça voltou a defender³⁹ a inclusão e responsabilidade da agência de turismo em decorrência de problemas na prestação dos serviços da transportadora aérea, uma vez que a agência optou por contratar um voo fretado que passou a fazer parte do pacote turístico. Na sua decisão, o Ministro Ari Pargendler chegou a ressaltar que a agência de viagem teria um compromisso maior com o adimplemento dos serviços ao optar por não contratar uma companhia aérea de linha.

O fundamento da responsabilização solidária das operadoras de turismo também variou, não necessariamente guardando uma relação direta com as obrigações assumidas contratualmente pela agência de viagem ou pelos terceiros prestadores de serviços. Nessa linha, uma primeira decisão relevante está relacionada com um naufrágio

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 797.836/MG. Quarta Turma. Relator: Min. Jorge Scartezini, Data de Julgamento: 2 mai. 2006.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 783.016/SC. Terceira Turma. Relator: Min. Ari Pargendler, Data de Julgamento: 16 mai. 2006.

na costa da Bahia. No meio do percurso e diante da ocorrência de um incêndio, os turistas que estavam na embarcação foram obrigados a lançar-se ao mar.

A agência de viagens, única ré na ação, foi condenada a indenizar os consumidores por danos materiais e morais. Dentre os fundamentos da indenização, destaca-se a existência de inadimplemento da agência de turismo, que “deixou de entregar o pacote de viagem contratado”, sendo a organizadora da viagem “garantidora do bom êxito da programação”.⁴⁰

Em sentido próximo, o Superior Tribunal de Justiça também manteve parcialmente⁴¹ a condenação da agência de viagens em acidente envolvendo um grupo de jovens na piscina de um hotel. A despeito de invadirem o espaço da piscina durante a noite, o julgado entendeu pela responsabilidade do hotel, que deixou de informar a profundidade da piscina e aumentou o risco de ocorrência do acidente. A agência de turismo foi responsabilizada solidariamente com o hotel (que estava incluído no pacote turístico) por falhas na prestação dos seus serviços, uma vez que ela deixou de observar as particularidades do grupo de consumidores (jovens) e seu objetivo, incorrendo em inadimplemento parcial de sua obrigação.

De forma complementar, também é possível observar que subsegmentos do mesmo mercado podem adotar racionalidades de funcionamento distintas, que afetam os critérios de resolução dos conflitos decorrentes de inadimplementos dos agentes econômicos. Nesse sentido, é possível observar uma tendência maior de inadmissão de responsabilidade ou da inclusão de terceiros em casos relacionados com turismo de aventura, em que o próprio risco é incorporado de forma mais evidente no negócio jurídico celebrado.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 291.384/RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 15 mai. 2001.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 287.849/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 17 abr. 2001.

O que se percebe é que não existem critérios uniformes de decisão, com uma parcela dos julgados percebendo e admitindo a presença de um segmento de mercado com um funcionamento específico e relações intrincadas entre os agentes de turismos e seus diversos prestadores de serviços. Ao mesmo tempo, os diferentes tipos de inadimplementos e suas consequências demonstram a relevância e os impactos que as particularidades do segmento de mercado exercem sobre a organização das redes contratuais, reforçando a inaplicabilidade de medidas ou regulação que pretendem fornecer soluções gerais para redes.

7. Conclusão.

O fenômeno das redes empresariais, embora recente e crescente, se por um lado é criativamente utilizado pelos agentes econômicos em busca da redução de custos de transação, procurando formações de governança mais adaptáveis a suas necessidades, por outro pode se tornar em um problema caso não seja corretamente lidado pelo direito comercial.

Por meio de seu sistema indutivo, o direito comercial deve refletir sobre as práticas sociais, se autoquestionando quanto à coerência e legitimidade de suas soluções para lidar com uma realidade crescentemente complexa. Ao que nos parece, uma eventual solução deve necessariamente passar por uma reestruturação do próprio sistema, que deve se deixar permear por noções externas e aumentar sua própria complexidade.

Por outro lado, o fenômeno da rede se revela também como parte de uma irritação muito mais ampla do sistema do direito privado, já existente há algumas décadas. De um lado, a divisão clássica entre direito dos contratos e direito societário não parece se prestar mais a solucionar os problemas existentes, em que certos dogmas já têm sido contestados, seja em exemplos de contratos típicos e tradicionais, seja no caso de estruturas empresariais. Comprovação disto

se dá pela inserção da boa-fé objetiva e função social do contrato, tentando imprimir aos contratos uma dimensão mais cooperativa, bem como pela previsão do conflito de interesses e a mitigação do *affectio societatis* no direito societário, além da regulação dos conceitos de poder de controle, deveres fiduciários, etc.

Dentro deste sistema de comunicação autorreferencial e fechado, três maneiras distintas parecem ser as opções para lidar com as “irritações” geradas pelo fenômeno social das redes:⁴²

- (i) a aceitação pura e simples do fenômeno pelo sistema, por meio de sua inclusão em alguma categoria pré-estabelecida (envolvendo em alguns casos uma aventura criativa pela interpretação inesperada e improvável dos fatos);
- (ii) a negação e proibição do fenômeno do mercado, pois antijurídico e contrário à integridade doutrinária; ou
- (iii) a autorreflexão do sistema, procurando se reestruturar para acomodar o fenômeno pela construção de novas categorias ou reformulação de categorias pré-existentes.

42 Segundo o autor: “a reconciliation will be especially troublesome when the political theory has received a refined and systematic articulation through legal doctrine [...] the only way to avoid the divergence of legal regulation from market convention in such instances is for the court to interpret the events in an improbable manner”. E prossegue, afirmando que: “legal doctrine may then be faced with the choice of either denying any legal force to the market convention on which the business expectation is grounded, or engaging in a process of reconstruction of doctrine. This reconstruction might take the form of the development of new categories for the ascription of legal responsibility [...] in another instance, however, doctrinal coherence may demand that the legal system should ignore an established market convention for the sake of its own integrity”. Como explica o autor, esta tarefa pode ser atingida seja pela reconfiguração da doutrina do direito privado ou pelo reprocessamento das informações sobre eventos de forma a gerar um resultado diferente sob as regras doutrinárias, indicando que “the two evolutionary mechanism of reconstructing private law doctrine and producing unexpected interpretations of events supply the legal system with its techniques for reconciling the demands of integrity based upon political principle with the need to respect the embeddedness of contractual relations in market conventions and business expectations” (COLLINS, Hugh. op. cit., p. 13-28).

Outro dos caminhos para esta reestruturação parece ser uma “unificação” do direito comercial, com a fusão dos subsistemas do direito contratual e do direito societário. Afinal, as redes contratuais híbridas constituem uma infinidade de pontos que se localizam entre as hierarquias e o mercado, sem, contudo, chegar a abandonar completamente as características de ambos. Embora, em maior ou menor nível, as contradições entre os contratos bilaterais e as organizações societárias estejam presentes em todas as configurações, as redes tampouco tocam os extremos.

Desta dialética entre o mercado (competição e afins) e a hierarquia (cooperação, interesse comum), parece nascer uma inexorável síntese do direito comercial, a ser engendrada em cada caso concreto, por meio de uma unificação dos sistemas. Somente com a ampliação da complexidade dos sistemas é que será possível tratar da realidade fática em processo de contínua modificação.

Atualmente, a ausência de uma regulação concreta das redes contratuais parece levar a um reforço do poder econômico. A subsunção destas estruturas contratuais ao direito contratual clássico parece, por uma perspectiva da economia de custos de transação, assegurar aos agentes econômicos uma certa “blindagem” à regulamentação societária, aproveitando da autonomia contratual e relatividade dos contratos, ao mesmo tempo em que restrições verticais são impostas e ocorre um reforço de poder de mercado.

Basta analisar as tentativas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em definir um conceito de contratos associativos, evitando que estruturas de governança atípicas não passem alheias à regulação econômica, sem, contudo, conseguir efetivamente conter os abusos de poder econômico.⁴³

43 A Resolução nº 10 do CADE, de 29 de outubro de 2014, tentou disciplinar as hipóteses de notificação da celebração de 1 contrato associativo, por meio de uma caracterização ampla que, na prática, submete uma imensidão de contratos ao crivo da agência reguladora. No entanto, a própria agência parece desconhecer os reais efeitos de tais contratos, que normalmente são aprovados rapidamente sem restrições pela Superintendência-Geral.

Afinal, como ensina Calixto Salomão Filho, com relação ao poder econômico:

É preciso reconhecer as diferenças de informação e poder de atuar no mercado. É preciso intervir e não deixá-lo livremente se desenvolver. Essa atuação não deve ser passiva e nem sequer se limitar a reprimir comportamentos abusivos. É preciso intervir diretamente nas estruturas que concentram o poder, estrangulam os canais de comunicação e limitam as informações dos agentes. Função central do funcionamento do sistema econômico é, então, garantir a interação dos agentes no mercado em igualdade de condições, i.e., proteger algo que se poderia denominar de devido processo econômico. Exatamente por seu potencial de exclusão e de criação de desigualdade nas interações sociais é que um dos pontos essenciais para a criação de um devido processo econômico é o combate às estruturas de poder no mercado.⁴⁴

O direito parece ser um dos ramos do conhecimento que com mais intensidade sofre da aceitação do poder econômico. Nas palavras do autor, com relação à lógica positivista, “a tendência à concentração em torno de esquemas lógicos e à auto integração leva ao fechamento do sistema em torno de si mesmo. A consequência é uma proteção da doutrina e do direito contra demandas sociais e éticas”.

Mais além, no entanto, do cenário societário, é necessário avaliar as estruturas de governança presentes em cada mercado nos quais as redes se manifestam, já que dentro de arranjos contratuais diversos o fenômeno do poder também pode se verificar.

Urge uma disciplina clara das redes contratuais, tendo-se em mente o papel do direito comercial enquanto ferramenta de implementação de políticas públicas, já que somente modificações estrutu-

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 17.

rais constituem formas de limitação do poder econômico. Ao mesmo tempo, soluções binárias ou a simples introdução de um sistema rígido de regulação não devem atingir resultados bem-sucedidos, considerando a gama de problemas decorrentes da grande variabilidade das necessidades e formas de organização de cada um dos segmentos de mercado.

Como observado nos mercados analisados, a solução para as redes contratuais é costurada de maneira específica a depender do mercado em que as redes se inserem. Longe de constituir insegurança jurídica (já que cada mercado disporá de um arcabouço de regras específicas para lidar com as redes), esta solução parece se adaptar ao caráter multiforme e cambiante das redes contratuais. Ao que tudo indica, a subsunção das redes a um subsistema ou outro do direito acabariam por reduzir sobremaneira a sua complexidade inerente, bem como incorreria em soluções simplistas na tentativa de abarcar dentro de um conceito vago tipos contratuais extremamente diferentes.

Se de uma ponta a outra entre mercado e hierarquia localiza-se uma infinidade de tipos híbridos, não haverá subsistema capaz de abarcar tamanha diversidade. Como se viu nos exemplos trazidos, se a solução mais voltada ao direito regulatório parece adequada ao mercado de energia, no mercado de turismo o caminho parece ser a atribuição de responsabilidade a um nó.

L'IMPRESA AGRICOLA TRA DIRITTO AGROALIMENTARE E DIRITTO COMMERCIALE¹

THE AGRARIAN UNDERTAKING BETWEEN AGRO-FOOD LAW AND COMMERCIAL LAW

Monica Cossu

Sommario: Il decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, ha rinnovato profondamente sia la fattispecie che la disciplina dell'impresa agricola italiana, modificando radicalmente l'art. 2135 del codice civile. Questa riforma si accompagna tra l'altro a due decreti che hanno riformato l'impresa forestale (decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227) e l'impresa ittica (decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 226). Il risultato di questa riforma è che tutti i tipi di coltivazione agricola e di allevamento, incluse le colture industriali, sono state classificate come attività agricole, anche se non si sviluppano sul fondo agricolo. Qualunque attività di coltivazione, dunque, è classificata come attività agricola anche qualora una sola fase del ciclo produttivo si svolga sul fondo agricolo. Dal punto di vista del rapporto e della reciproca distinzione tra impresa agricola e impresa commerciale le conseguenze sono dirompenti. Il dogma stesso per cui l'impresa agricola è esentata dall'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale viene messo in discussione. Inoltre, il decreto legislativo 9 gennaio 2012, n. 4, ha esteso la disciplina dell'impresa agricola all'im-

¹ Artigo recebido em 14.08.2018 e aceito em 14.12.2018. Trata-se de republicação de artigo originalmente publicado na RSDE nº 18 (janeiro/junho de 2016), por solicitação da Autora.

presa di pesca, cosicchè l'imprenditore ittico é parificato all'imprenditore agricolo, e più esattamente a un tipo di allevatore.

Parole chiave: Impresa agricola. Diritto agrario. Diritto commerciale. Impresa forestale. Impresa ittica. Ciclo biologico. Attività connesse.

Abstract: The Legislative Decree no. 228, of 18 May 2001, has profoundly renewed both the model and the rules on the Italian agrarian undertaking, radically modifying article 2135 of the Civil Code. This reform has been accompanied, *inter alia*, by two decrees which have reformed the *forestry undertaking* (Legislative Decree no. 227, of 18 May 2001) and the *fishing undertaking* (Legislative Decree no. 226, of 18 May 2001). As a result of this reform, all kinds of cultivation and farming activities, including industrial crops, are now classified as agrarian activities, even if they aren't being grown on the agricultural fund and if only one stage of the production cycle takes place over the land. In terms of the relationship and reciprocal distinction between agricultural enterprise and commercial enterprise the consequences are disruptive. The same *dogma* of the exemption of the agricultural undertaking from the special statute of the commercial enterprise is at issue. Moreover, the Legislative Decree 9 gennaio 2012, n. 4, has extended the legal rules on agrarian undertaking to the fishing undertaking, so that the fish entrepreneur has been parified to the agrarian entrepreneur, and more precisely to a kind of farmer (fish-farmer).

Keywords: Agrarian undertaking. Agri-food law. Commercial law. Forestry undertaking. Fishing undertaking. Biological cycle. Agricultural-related activities.

Indice: 1. Introduzione: la riforma del 2001 e lo *status quo ante*. 2. Le attività agricole principali nel nuovo articolo 2135 cod. civ. 2.1. L'impresa ittica e l'impresa forestale. 2.2. Conclusioni sulla validità del c.d. criterio agrobiologico di classificazione delle attività agricole. 3. Le attività agricole per connessione. 4. Dila-

tazione della fattispecie “impresa agricola” e suoi rapporti con l’impresa commerciale e il relativo statuto. 5. Conclusioni *de jure condito* e *de jure condendo*.

1. Introduzione: la riforma del 2001 e lo *status quo ante*.

È noto che la fattispecie “impresa agricola” di cui all’art. 2135 cod. civ. appariva, già alla vigilia della riforma che ci accingiamo brevemente ad esaminare, fortemente “dilatata” da interventi di leggi speciali che si erano stratificate nel corso del tempo anche in ragione di una crescente convergenza dell’impresa agraria, comunitaria ed europea così come nazionale, verso un’economia di mercato.²

Il primo elemento “erosivo”, ma anche evolutivo, della nozione codicistica fu rappresentato dalla l. 3 maggio 1971, n. 419, sulla disciplina del commercio delle uova,³ riguardo alla quale la giurispru-

2 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone. L'imprenditore. In: BONFANTE, Guido; COTTINO. *Trattato di diritto commerciale*. Padova: Cedam, 2001, v. I, p. 473: “[...] la spinta ad accantonare la centralità dell'elemento fondiario nella produzione agricola è sembrata sempre più forte e quasi irresistibile a misura che si sono accentuati i ritmi delle trasformazioni tecnologiche, che l'impresa ha perfezionato i meccanismi di penetrazione sul mercato e che si sono diffuse nuove forme di attività collaterali e complementari a quella dell'imprenditore agricolo, quali le imprese di servizi (da quelle di organizzazione e assistenza tecnica alla produzione, a quelle di costruzione di strade e canali o di acquisto collettivo di macchine [...]). Considerazioni analoghe anche in COSTATO, Luigi. L'imprenditore agricolo e il mercato. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 2001, p. 131 et seq. e spec. p. 142, dove si segnala lo spostamento del baricentro dell'azienda agricola dalla produzione alla vendita e la sua multifunzionalità. Sull'impatto del diritto comunitario in punto di “commercializzazione” dell'impresa agricola v. anche COSTATO, Luigi, *Note introduttive*, in *I tre “decreti orientamento”: della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico*. In: _____. *Nuove leggi civili commentate*. 2001, p. 668 et seq. Quanto, in particolare, al coinvolgimento del settore agricolo nel più ampio e generale processo di globalizzazione dei mercati v. ADORNATO, Francesco. I decreti legislativi di “orientamento” in agricoltura e il sistema del diritto agrario globale. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 6 et seq.

3 V. l’art. 2 della legge, secondo cui “i titolari di imprese avicole, singoli o associati, che dedichino direttamente e abitualmente, in modo prevalente, la propria attività o quella dei

denza immediatamente segnalò che aveva l'effetto di parificare l'avicoltore all'imprenditore agricolo.⁴ Successivamente la l. 5 dicembre 1985, n. 730, stabilì l'agrarietà delle attività agrituristiche,⁵ mentre la l. 5 febbraio 1992, n. 102, definì agricola l'acquacoltura,⁶ in tal modo dirimendo un contrasto nell'ambito del quale la giurisprudenza si era attestata, prevalentemente, su posizioni contrarie al riconoscimento della natura agricola all'attività in questione;⁷ ancora, la l. 23 agosto 1993, n. 349, riconobbe natura agraria alle attività cinotecniche, ossia di allevamento, selezione e addestramento di razze canine.⁸

Da ultimo, la l. 27 luglio 1999, n. 268, anche nota come “legge sulle strade del vino”, incluse fra le attività agrituristiche la mescita del vino.⁹

propri familiari all'allevamento delle specie avicole, sono considerati imprenditori agricoli”. La legge applica i regolamenti CEE nn. 1619/1968 e 95/1969.

4 Così, fra le altre, Cass., 15 maggio 1972, n. 1463, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1178.

5 Le attività di ricezione ed ospitalità esercitate da imprenditori agricoli sono considerate esse stesse agricole in quanto siano in rapporto di connessione e complementarietà con una delle tre attività principali.

6 L'art. 1 della legge definisce acquacoltura la produzione di proteine animali in ambiente acquatico mediante il controllo, parziale o totale, diretto o indiretto, del ciclo biologico di sviluppo degli organismi acquatici; l'art. 2 precisa che l'attività di acquacoltura si considera a tutti gli effetti quale attività imprenditoriale agricola quando i redditi che ne derivano siano prevalenti rispetto a quelli derivanti da altre attività imprenditoriali non agricole esercitate dal medesimo soggetto. Il comma 2 chiarisce che i soggetti, persone fisiche o giuridiche, singoli o associati, che esercitino l'attività di acquacoltura sono imprenditori agricoli ai sensi dell'art. 2135 cod. civ. Su questa definizione, che è riferibile sia all'acquacoltura che alle connesse attività di prelievo in quanto svolte in acque dolci o salmastre, intervenne poi l'art. 9 della legge 27 marzo 2001, n. 122, recante disposizioni modificative e integrative della normativa in materia agricola e forestale, che modificava l'art. 2, comma 2, legge n. 102, al fine di includervi l'acquacoltura esercitata in acque marine. Si noti che la legge 27 marzo 2001, n. 122, è successiva all'entrata in vigore della legge delega sulla riforma dell'impresa agricola, che è del 5 marzo 2001 (v. *infra*, nt. 11).

7 Sul punto v. CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale: Diritto dell'impresa*. Torino, 2013, v. I, p. 52, testo e n. 3.

8 L'attività di allevamento di razze canine si considera agricola in quanto l'allevatore abbia almeno cinque fattrici e produca annualmente almeno trenta cuccioli.

9 Dispone infatti l'art. 1, co. 3° della legge che “le attività di ricezione e di ospitalità, compresa

Originariamente la presenza di uno statuto speciale dell'impresa agricola, con l'esenzione dal fallimento, dalla pubblicità legale e dall'obbligo di tenuta delle scritture contabili, costringeva la fattispecie, dati gli elementi di privilegio contenuti in questo statuto, entro confini molto angusti (come se essendo discutibile la concessione di un trattamento di favore, cioè "privilegiato" inducesse una remora ad estendere oltre una certa misura il novero delle ipotesi sussumibili entro la fattispecie);¹⁰ ragione, questa, per la quale le ipotesi di agrarietà ultronee rispetto alla norma codicistica poterono strutturarsi come eccezioni alla regola, e divennero oggetto, come tali, di una speciale disciplina in deroga.

Ebbe inizio perciò, nell'opinione di alcuni, un processo di "orientamento mercantile" del diritto agrario, in specie comunitario ma anche nazionale,¹¹ una cui tappa significativa sarebbe stata

la degustazione di prodotti aziendali e l'organizzazione di attività ricreative, culturali e didattiche, svolte da aziende agricole nell'ambito delle 'strade del vino', possono essere ricondotte alle attività agrituristiche di cui all'articolo 2 della legge 5 dicembre 1985, n. 730, secondo i principi in essa contenuti e secondo le disposizioni emanate dalle regioni".

10 Sul punto cf. MASI, Pietro. L'imprenditore agricolo e l'evoluzione tecnologica dell'agricoltura. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 213 et seq.

11 Sul punto v. ADORNATO, Francesco, op. cit., p. 6 et seq., e v. anche p. 24, dove l'Autore osserva che i decreti di riforma del settore agricolo sembrano, da questo punto di vista, "[...] segnalare un processo, l'avvio di un percorso, diretto ad oltrepassare il codice, per costruire la base strutturata, ancorché prospettica, di un ordinamento *extra codicem* sistemico dell'impresa agricola, il cui insediamento, sia economico che giuridico, parte dal fondo per irradiarsi nel territorio, verso interessi extra agricoli, con un salto concettuale di non poco conto e dalle non irrilevanti implicazioni". Nella stessa prospettiva anche COSTATO, Luigi. Criterio biologico e imprenditore agricolo. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 40, secondo cui il legislatore della riforma avrebbe inteso, "[...] nel tentativo di acquisire valore aggiunto all'imprenditore agricolo, [...] completare un percorso tendente a predisporre un sistema normativo che avvantaggi il settore agricolo rendendo ad esso comuni alcune attività del secondario, al fine di porre rimedio alle sue peculiarità negative [...]". Ed in vista di questo obiettivo tralascia, dall'altra parte, "[...]di determinare i confini della materia in funzione di regole che riproducano la corretta distinzione fra il settore primario e gli altri [...]". In termini analoghi si esprime anche BASILE, Eva Rook. *Vecchie categorie per nuovi modelli*. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, 2002, p. 278 et seq., la quale in particolare rimarca l'erosione del modello codicistico di impresa agricola

rappresentata dal trasferimento al Ministero dell'industria delle competenze agroalimentari, avvenuto con il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.¹²

2. Le attività agricole principali nel nuovo articolo 2135 cod. civ.

L'art. 1 d. legisl. 18 maggio 2001, n. 228¹³ definisce imprendi-

operata dal legislatore comunitario. Quanto al profilo del confronto fra la nozione di agricoltura emergente dal Trattato e quella propria del diritto interno v. GIUFFRIDA, Giuseppe. I recenti orientamenti normativi comunitari ed il "nuovo" imprenditore agricolo. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 51 et seq., che ravvisa a seguito della riforma del 2001 una maggiore convergenza fra le due fattispecie.

12 Il decreto contiene norme di orientamento e modernizzazione del settore agricolo, ai sensi dell'art. 7 della legge delega 5 marzo 2001, n. 57, recante disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, il quale conferisce la delega al Governo per emanare uno o più decreti legislativi "contenenti norme per l'orientamento e la modernizzazione nei settori dell'agricoltura, delle foreste, della pesca, dell'acquacoltura e della lavorazione del pescato, anche in funzione della razionalizzazione degli interventi pubblici" (comma 1). Tra gli obiettivi della delega vi è quello di "promuovere...il sostegno e lo sviluppo economico e sociale dell'agricoltura, dell'acquacoltura, della pesca e dei sistemi agroalimentari secondo le vocazioni produttive del territorio, individuando i presupposti per l'istituzione di distretti agroalimentari, rurali ed ittici, di qualità ed assicurando la tutela delle risorse naturali, della biodiversità del patrimonio culturale e del paesaggio agrario e forestale": art. 7, comma 3, lett. a). Dalla delega scaturirono i tre c.d. "decreti orientamento": il decr. legisl. 18 maggio 2001, n. 226, in materia di impresa ittica (poi in parte abrogato dal decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4; il decr. legisl. 18 maggio 2001, n. 227, in materia di impresa forestale; (poi modificato dal decr. legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni in legge 4 aprile 2012, n. 35); il decr. legisl. 18 maggio 2001, n. 228, in materia di impresa agricola (anch'esso modificato dal decr. legge 9 febbraio 2012, n. 5, e poi dal decr. legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 98). Si deve osservare, tuttavia, che per quanto la riforma valorizzi il ruolo delle Regioni in questo processo di modernizzazione del settore agricolo, sta di fatto che essa si muove nel solco della pregressa competenza ripartita Stato-Regioni in materia di agricoltura e non invece nella prospettiva di una competenza primaria ed esclusiva regionale in materia agricola, come risulta dall'art. 117 Cost., modificato per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, per la quale v. anche *infra*. Lo osserva, con riferimento al settore della silvicoltura, ABRAMI, Alberto. Attualità della materia "foreste". *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, n.49, feb. 2003, p. 40 et seq.

13 Più esattamente dispone il novellato art. 2135, co. 1°, cod. civ. che "è imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, silvicoltura, allevamento di ani-

tore agricolo chi sia dedito alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura o all'allevamento di animali, ossia ad attività rivolte alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico che utilizzano o possono utilizzare il fondo. Dispone inoltre che si reputano comunque connesse le attività di manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, così come le attività di fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzo prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda agricola.¹⁴

Si è osservato che l'uso del verbo "possono utilizzare" come dell'avverbio "prevalentemente" produce il declino, rispettivamente,

mali e attività connesse. Per coltivazione del fondo, per silvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine. Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge".

14 BUONOCORE, Vincenzo. L'impresa. In: BUONOCORE, Vincenzo. *Trattato di diritto commerciale*. Torino: Giappichelli Editore, 2002, sez. I, t. 2.1, p. 569, ove l'Autore osserva da un lato che l'uso del verbo "possono" "[...] ha costituito la prima picconata ad uno dei pilastri sui quali era stata costruita la nozione di impresa agricola, e cioè l'indefettibilità del fondo agricolo come luogo di svolgimento dell'attività"; dall'altro che l'uso dell'avverbio "prevalentemente" non solo rappresenta una "[...]seconda picconata al fondo agricolo come base indispensabile per l'esercizio dell'attività, ma abbatte anche il secondo pilastro che sosteneva il concetto di attività connesse o, per essere precisi, di attività connesse tipiche quando, espungendo dal testo legislativo il criterio della normalità [...] vi sostituisce il criterio della prevalenza [...]". Sulla progressiva perdita di centralità dell'elemento fondiario nel ciclo produttivo agrario v. LAZZARA; PARADISO, Massimo. *Azienda Agricola*. In: *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, II, s.d., ma Torino: Utet, 1988, p. 27, dove gli Autori osservano il ridimensionamento del fondo inteso come superficie o tratto di terreno coltivabile: "[...] ovviamente il fondo rustico riveste pur sempre, nel tipo di azienda agricola più diffusa, un ruolo primario; ma la sua posizione è senz'altro più correttamente definita dall'inquadramento tra i beni aziendali che non dal ruolo di cosa principale cui le altre – le pertinenze – si collegano e rapportano".

della nozione di attività agraria e della nozione di attività connessa. In effetti l'uso di entrambi, che rende (solo) eventuale il collegamento con il fondo al fine di definire la fattispecie "impresa agricola",¹⁵ ed elimina il ricorso al tradizionale criterio di normalità nell'esercizio dell'attività (sostituito dal criterio di prevalenza), "è talmente pregnante nel contesto in cui è inserito da stravolgere il concetto di impresa agricola".¹⁶

È di immediata evidenza che l'attività agricola di coltivazione o di allevamento si identifica con lo svolgimento di un ciclo biologico di natura vegetale o animale oppure anche soltanto di una fase di tale ciclo, ciò che risolve le molte questioni sorte in passato riguardo a fattispecie nelle quali visibilmente mancava "l'utilizzazione del terreno"¹⁷: si pensi, fra le altre, alle attività di allevamento in batteria, o di ingrassaggio di animali, e alla coltivazione in serra o vivaio,¹⁸ della cui

15 BUONOCORE, Vincenzo, op. cit., p. 569; BUONOCORE, Vincenzo. Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogeneità dei fini. In: *Giurisprudenza Commentata*, 2002, I, p. 15 et seq., dove l'Autore osserva che l'uso dell'avverbio in questione abbatte il significato del criterio di connessione oggettiva, giacché in virtù del novello criterio della prevalenza "[...] istituzionalmente l'imprenditore può trasformare sia i prodotti provenienti dal proprio fondo sia i prodotti provenienti da altri fondi, ivi compresi quelli acquistati al mercato; e niente impedirebbe di qualificare imprenditori agricoli, senza particolari forzature ermeneutiche, coloro che, avendoli allevati, vendono cavalli da corsa, animali da pelliccia, animali esotici [...]".

16 MASI, Pietro, op.cit., p. 215.

17 Sul punto v. CASADEI, Marco. *I tre "decreti orientamento": della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo*, *Commentario sistematico*. In: COSTATO, Luigi. *Nuove leggi civili commentate*. Padova: Cedam, 2001, p. 730, il quale ricorda come dette discussioni fossero state da taluni autori già risolte, nel regime previgente, in senso positivo, "[...] in armonia con le esigenze dello sviluppo tecnologico dell'agricoltura e con i principi della divisione e della specializzazione del lavoro". Cf. BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 477, che in considerazione del venire meno del necessario collegamento "fisico" con il fondo considerano allevatori di animali anche coloro che gestiscono un allevamento modello di suini o polli al chiuso nonché coloro i quali, dedicandosi al foraggiamento temporaneo dei capi in stalle, praticano commercio all'ingresso di bestiame.

18 Sul punto v. ROMAGNOLI, Emilio. *Impresa Agricola*. In: *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VII, s.d., ma. Torino: Utet, 1992, p. 127, che ricorda appunto come la stessa nozione di allevamento fosse oggetto di vivaci dibattiti in dottrina e in giurisprudenza. Dava luogo a particolari dispute proprio l'attività di ingrassaggio, ossia l'attività svolta dall'allevatore "[...] quando compera capi

natura agricola si dubitava in passato mentre ora sono sicuramente da classificare come attività agrarie. In effetti, resta il ricorso al termine di “allevamento” (che pure sollevò numerose questioni interpretative nella dottrina previgente),¹⁹ mentre il sostantivo “bestiame” viene sostituito da quello di “animali”, e ciò produce un effetto dirompente sulla nozione di attività agricola di allevamento, giacché il termine “animali”, diversamente dal termine “bestiame”, è riferibile in pratica ad ogni specie vivente:²⁰ pure se restano dubbi riguardo a quelle specie che sono prive di qualunque collegamento anche solo potenziale con il fondo,²¹ altri casi di cui si discuteva animatamente prima della riforma, come ad esempio quello della natura agricola dell'allevamento di cavalli da corsa, vengono definitivamente risolti in senso affermativo.

Che l'attività agricola di produzione, o di coltivazione, del fondo si sia legata dal fondo stesso lo confermano le nuove colture idro-

giovani e deperiti per rivenderli adulti e ingrassati [...]”, perché secondo una parte della dottrina “[...] l'intermediazione nello scambio svolta in ragione dell'allevamento del bestiame e per questo necessaria non è attività commerciale, ma agraria”, mentre secondo altra parte “[...] l'attività di allevamento di cui all'art. 2135 comprende l'intero ciclo biologico, del quale è momento essenziale la riproduzione”.

19 In proposito si osserva che “[...] la sostituzione dell'espressione [...] ha non solo troncato ogni polemica, per la verità continua ed aspra, circa la possibilità di ampliare la nozione di ‘bestiame’ al di là degli animali da latte, lana, carne e lavoro, ma consente oggi di considerare imprenditore agricolo l'allevatore di ogni specie animale”: BUONOCORE, *L'impresa*, op.cit., p. 569. Nella realtà conta il fatto che le specie allevate debbono avere in qualche modo un'attinenza con il comparto agricolo, nel senso di potere essere allevate su un fondo: v. sul punto BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op.cit., p. 478, i quali osservano che se così non fosse anche la cura di uno zoo potrebbe essere considerata come attività di allevamento secondo la nuova nozione, il che è invece chiaramente da escludere; viceversa, la nozione di allevamento sembra estensibile, secondo gli aa., alla bachicoltura come all'allevamento di lumache e lombrichi.

20 Si ricorda che secondo il nuovo testo dell'art. 2135, comma 1, cod. civ., sono attività essenzialmente agricole quelle dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque.

21 Per la soluzione negativa, che alla fine prevalse, formulata nel sistema antecedente la riforma si v. Cass., Sez. un., 25 novembre 1993, n. 11648, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 383 ss.

poniche e aeroponiche, e tra queste ultime le nuove colture aerospaziali,²² che sicuramente trovano radicamento nella disciplina riformata dell'impresa agricola, e nel suo rapporto solo eventuale con il fattore di produzione terra.

Va precisato, tuttavia, che le attività che utilizzano tecniche biorigenerative di coltivazione di funghi, microorganismi e particolari alghe (c.d. cianobatteri) in grado di resistere nello spazio, così come anche le colture di virus e muffe non sono attività di allevamento. Tali microorganismi non possono essere classificati, infatti, come “animali” e la loro coltivazione non rientra pertanto nell'attività agricola principale di allevamento, tuttavia può essere classificata come attività connessa.²³

Risalta sempre di più la virtualizzazione del ciclo produttivo: ciò che emerge é una agricoltura che può essere scollegata non solo dal fondo agricolo ma anche dall'ambiente stesso circostante il fondo: non solo dalla terra come fattore produttivo ma anche dal pianeta terra.²⁴

22 In tema si v. MASI, Pietro. Agricoltura, alimenti e ricerca spaziale. *Diritto Agroalimentare*, p. 109-123, 2016, p. 112 et seq.

23 Attraverso tecniche biorigenerative di coltivazione si ottengono biomasse che sono in grado di modificare l'atmosfera arricchendola di ossigeno e d'altra parte di agire come fertilizzante: v. MASI, Pietro, op. cit., p. 112 s. Sulla natura agricola per connessione (quindi intrinsecamente commerciale) delle attività di coltivazione di virus per medicine, muffe per penicilline e *ice minus bacteria* v. GERMANÒ, Alberto. *Manuale di diritto agrario*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 75; ALESSI, Rosalba; PISCIOTTA, Giuseppina. L'impresa agricola, in Il codice civile commentato. In: SCHLESINGER, Piero. *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 108 et seq.; JANNARELLI, Antonio; VECCHIONE, Antonio. L'impresa agricola. In: BUONOCORE, Vincenzo. *Trattato di diritto commerciale*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 256. Più in generale, sul collegamento tra alimenti ed agricoltura GOLDONI, Marco. Gli alimenti, l'alimentazione e il diritto. In: GOLDONI, Marco. *Per uno studio interdisciplinare su agricoltura e alimentazione*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 34 et seq.

24 I nuovi cibi destinati allo spazio pongono anche problemi di diritto alimentare, e quindi sono governati, per la gran parte, da norme transnazionali: v. COSTATO, Luigi. Principles and rules of European and Global Food Law, in European and Global Food Law. In: COSTATO Luigi; ALBISINNI Ferdinando European and global food law. Padova: Kluwer-Cedam, 2012, p.

2.1. L'impresa ittica e l'impresa forestale.

L'art. 1 decr. legisl. 18 maggio 2001, n. 228, non esaurisce la nozione di imprenditore agricolo, poiché deve tenersi conto anche dell'art. 4 decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4,²⁵ che definisce l'imprenditore ittico, ovvero il titolare di licenza di pesca ai sensi dell'art. 4 del decr. legisl. 26 maggio 2004, n. 153, dedito ad attività di pesca professionale, che già ai sensi dell'abrogato art. 2, comma 3, decr. legisl. 18 maggio 2001, n. 226, era definito quale *sottospecie* di imprenditore agricolo²⁶ là dove si prevedeva che “fatte salve le più favorevoli disposizioni di legge, l'imprenditore ittico è equiparato all'imprenditore

1 et seq.; ALBISINNI, Ferdinando. The Path to the European and Global Law Food System. In: COSTATO Luigi; ALBISINNI Ferdinando European and global food law. Padova: Kluwer-Cedam, 2012, p. 15 et seq.

25 Il decr. legisl. 18 maggio 2001, n. 226, era stato già modificato dal decr. legisl. 26 maggio 2004, n. 154, e poi con dal decr. legisl. 27 maggio 2005, n. 100. Infine, il decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4, che contiene la disciplina di riassetto della normativa in materia di pesca e acquacoltura a norma dell'art. 28 l. 4 giugno 2010, n. 96, ha abrogato e sostituito gli artt. 2-3 del decr. legisl. n. 226/2001. Risulta, quindi, modificata la definizione di “pesca professionale”. Sul nuovo imprenditore ittico si v. MASI, Pietro, *Impresa ittica e attività connesse*, in *Dir. agroalimentare*, 2016, p. 419 s. Questa evoluzione normativa nazionale del settore pesca è l'effetto della copiosa evoluzione della normativa comunitaria ed europea in materia: si v. in particolare il regolamento CE 20 dicembre 2002, n. 2371/2002, del Consiglio, relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nell'ambito della politica comune della pesca; il regolamento CE 27 luglio 2006, n. 1198/2006, del Consiglio, relativo al Fondo europeo per la pesca; il regolamento CE 21 dicembre 2006, n. 1967/2006, del Consiglio, relativo alle misure di gestione per lo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nel mar Mediterraneo e recante modifica del regolamento CEE n. 2847/93, che ha abrogato il regolamento CE n. 1626/94; il regolamento CE 29 settembre 2008, n. 1005/2008, del Consiglio, che ha istituito un regime comunitario per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale; il regolamento CE 20 novembre 2009, n. 1224, del Consiglio, istitutivo di un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca; il regolamento CE 8 aprile 2011, n. 404, della Commissione, recante modalità di applicazione del regolamento CE n. 1224/2009, che ha istituito un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune in materia di pesca.

26 Come si è detto (v. nota precedente) il decr. legisl. 18 maggio 2001, n. 226, è tuttora vigente ma i suoi artt. 2-3 sono stati abrogati dal decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4.

agricolo”.²⁷ Fermo restando che la norma in questo senso non brilla certo per chiarezza (così come, del resto, l’art. 8, comma 1 della legge delega), si ritiene che nell’ipotesi in cui l’imprenditore ittico si dedichi anche all’allevamento delle specie, questa “parificazione” abbia il significato di una vera e propria identificazione,²⁸ dato che il concetto di

27 L’art. 2, comma 1, decr. legisl. 226/2001 prevedeva che “è imprenditore ittico chi esercita un’attività diretta alla cattura o alla raccolta di organismi acquatici in ambienti marini, salmastri e dolci nonché le attività a queste connesse, ivi compresa l’attuazione degli interventi di gestione attiva, finalizzati alla valorizzazione produttiva e all’uso sostenibile degli ecosistemi acquatici”. Criticava la scelta dell’espressione “imprenditore ittico” CASADEI, Ettore, op. cit., p. 735: secondo l’Autore, infatti, questa qualificazione “etimologicamente è riferibile solo ai pesci, mentre è ben noto che la pesca ha per oggetto anche altri gruppi di esseri viventi (ad esempio i crostacei e i molluschi). Per questo sembrerebbe preferibile il termine imprenditore pescatore”. Attualmente, l’art. 4 decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4, definisce l’imprenditore ittico, e stabilisce che “è imprenditore ittico il titolare di licenza di pesca, di cui all’articolo 4 del decreto legislativo 26 maggio 2004, n. 153, che esercita, professionalmente ed in forma singola, associata o societaria, l’attività di pesca professionale di cui all’articolo 2 e le relative attività connesse. 2. Si considerano, altresì, imprenditori ittici le cooperative di imprenditori ittici ed i loro consorzi quando utilizzano prevalentemente prodotti dei soci ovvero forniscono prevalentemente ai medesimi beni e servizi diretti allo svolgimento delle attività di cui al comma 1. 3. Ai fini del presente decreto, si considera altresì imprenditore ittico l’acquacoltore che esercita in forma singola o associata l’attività di cui all’articolo 3”. L’art. 2, comma 1, decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4, definisce l’attività di pesca professionale, e prevede che la pesca professionale è l’attività economica organizzata svolta in ambienti marini o salmastri o di acqua dolce, diretta alla ricerca di organismi acquatici viventi, alla cala, alla posa, al traino e al recupero di un attrezzo da pesca, al trasferimento a bordo delle catture, al trasbordo, alla conservazione a bordo, alla trasformazione a bordo, al trasferimento, alla messa in gabbia, all’ingrasso e allo sbarco di pesci e prodotti della pesca”. Dispone il comma 2 che “sono connesse alle attività di pesca professionale, purché non prevalenti rispetto a queste ed effettuate dall’imprenditore ittico mediante l’utilizzo di prodotti provenienti in prevalenza dalla propria attività di pesca ovvero di attrezzature o risorse dell’azienda normalmente impiegate nell’impresa ittica, le seguenti attività: a) imbarco di persone non facenti parte dell’equipaggio su navi da pesca a scopo turistico-ricreativo, denominata: “pesca turismo”; b) attività di ospitalità, ricreative, didattiche, culturali e di servizi, finalizzate alla corretta fruizione degli ecosistemi acquatici delle risorse della pesca e alla valorizzazione degli aspetti socio-culturali delle imprese ittiche esercitate da imprenditori, singoli o associati, attraverso l’utilizzo della propria abitazione o di struttura nella disponibilità dell’imprenditore stesso, denominata: “ittiturismo”; c) la trasformazione, la distribuzione e la commercializzazione dei prodotti della pesca, nonché le azioni di promozione e valorizzazione; d) l’attuazione di interventi di gestione attiva, finalizzati alla valorizzazione produttiva, all’uso sostenibile degli ecosistemi acquatici ed alla tutela dell’ambiente costiero”.

28 Si osserva in proposito: “se...equiparare significa rendere uguali cose nella loro essenza

“animali” é talmente generico che consente di ricomprendere anche tutte le specie ittiche.²⁹

Ne discende che anche la nozione generica di *allevatore* include l'imprenditore ittico.³⁰ È vero che taluni lamentano un grosso “strappo” rispetto alla nozione originaria proprio per via delle somiglianze che da sempre si riscontrano fra pesca ed attività puramente estrattive³¹ (più che tra pesca e coltivazione agricola) e infatti da tem-

diverse, dalla norma in esame risulterebbe che imprenditori agricoli in senso stretto, o proprio, o pieno, sono solo i coltivatori e gli allevatori di animali non acquatici, mentre i silvicoltori, gli acquacoltori e i pescatori sono solo degli imprenditori equiparati a quelli agricoli. Oltre tutto l'art. 8, comma 1, lett. a) della legge delega n. 57/2001, distingue imprenditori agricoli, imprenditori forestali e imprenditori ittici e include gli acquacoltori fra i primi, onde per cui, tutto sommato secondo l'interpretazione preferibile non sembra possa attribuirsi eccessivo rilievo a simili sfumature letterali, che compaiono anche in molti altri punti della legge di delega ove si elencano attività o aziende, giustapponendo alle agricole quelle acquicole, di pesca e forestali” (CASADEI, Ettore, op. cit., p. 728).

29 Valorizza, invece, la distinzione fra le due fattispecie dell'imprenditore agricolo e dell'imprenditore ittico GIROLAMI, Matilde. *Art. 2. Imprenditore ittico, I tre “decreti orientamento”: della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico*. In: COSTATO, Luigi. *Nuove leggi civili commentate*. 2001, p. 676 et seq. L'Autore si rifà sostanzialmente all'opinione a suo tempo formulata da CARROZZA, Antonio. Fondo di terra e fondo di acqua. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo II, 1994, p. 489 et seq., ove l'Autore osserva che, data la componente di allevamento che é propria della attività di pesca, “[...]non può revocarsi in dubbio il fatto che nella pesca, dovunque essa si svolga e comunque venga praticata, anziché un'attività di allevamento piscicolo si realizza un'attività di carattere estrattivo, come del resto si realizza nella caccia”. In senso diverso, però, cf. OPPO, Giorgio. Sulla natura giuridica dell'impresa di pesca marittima. *Rivista di Diritto Agrario*, 1987, II, p. 393 et seq., ora in OPPO, Giorgio. *Scritti giuridici: Diritto dell'impresa*. Padova: Cedam, 1992, v. I, p. 204 et seq., dove l'Autore distingue fra: a) la semplice “cattura” del pesce, che rappresenta un'ipotesi di *occupazione*, nel senso di apprensione del prodotto, e come tale consiste in una forma di attività estrattiva; b) la “coltura” del pesce, là dove la cattura segue un'attività di piscicoltura ovvero di acquacoltura, la quale é certamente parificabile all'allevamento del bestiame di cui all'art. 2135 c.c.; c) la “pesca marittima”, nella quale l'esercizio della nave prevale sulla pesca e conferisce anche a quest'ultima il crisma della commercialità.

30 Ciò ci consentirà, nel proseguo di questo lavoro, di includere nella nozione generale di imprenditore agricolo anche l'imprenditore ittico.

31 Si v. BIONE, Massimo. La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi. In: *La riforma dell'impresa agricola*, Atti del convegno di Foggia, 25-26 gennaio 2002, a cura di MOTTI e ABRIANI, p. 15 et seq., che ritiene visibile in questo allargamento uno strappo rispetto alla

po si è osservata l'opportunità di distinguere fra (mera) *cattura* e *coltura* dei pesci, là dove nel secondo caso la cattura segue la piscicoltura o l'acquacoltura, ossia l'attività di coltivazione vera e propria.³² Ma il legislatore non pare abbia accolto questa distinzione, dato che attribuisce la qualifica di imprenditore ittico³³ (indifferentemente) a chi cattura o raccoglie organismi acquatici,³⁴ e anche il legislatore europeo include la pesca fra le attività agricole guardando non tanto "al tipo di attività o al modo di produrre quanto invece alla tipologia dei prodotti".³⁵

vecchia come alla nuova nozione contenuta nell'art. 2135 c.c., giusto il fatto che "[...] la pesca è ben lontana da quel concetto di cura e sviluppo di un ciclo biologico su cui riposa oggi l'et sequenza dell'agrarietà; chi si limita a catturare pesci o crostacei non coltiva né alleva, ma si limita a far propri prodotti spontanei della natura, né più né meno di chi si dedica alla caccia o esercita un'attività assai vicina alle attività estrattive [...]". D'altra parte, prosegue l'Autore, "[...] la pesca non è in alcun modo riconducibile a quella nozione di acquacoltura nella quale la legge 5 febbraio 1992, n. 102 ravvisa l'insieme delle pratiche volte alla produzione di proteine animali in ambiente acquatico mediante il controllo, parziale o totale, diretto o indiretto, del ciclo di sviluppo degli organismi acquatici".

32 OPPO, Giorgio, op. cit., p. 205, dove l'Autore osserva che solo la seconda fra le due attività presenta reali affinità con l'allevamento del bestiame.

33 L'acquacoltura e l'acquacoltore sono definiti dall'art. 3 decr. legis. 9 gennaio 2012, n. 4, che ha modificato la disciplina dell'impresa ittica, ove è detto che "l'acquacoltura è l'attività economica organizzata, esercitata professionalmente, diretta all'allevamento o alla coltura di organismi acquatici attraverso la cura e lo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, in acque dolci, salmastre o marine. 2. Sono connesse all'acquacoltura le attività, esercitate dal medesimo acquacoltore, dirette a: *a*) manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione, promozione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalle attività di cui al comma 1; *b*) fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività di acquacoltura esercitata, ivi comprese le attività di ospitalità, ricreative, didattiche e culturali, finalizzate alla corretta fruizione degli ecosistemi acquatici e vallivi e delle risorse dell'acquacoltura, nonché alla valorizzazione degli aspetti socio-culturali delle imprese di acquacoltura, esercitate da imprenditori, singoli o associati, attraverso l'utilizzo della propria abitazione o di struttura nella disponibilità dell'imprenditore stesso; *c*) l'attuazione di interventi di gestione attiva, finalizzati alla valorizzazione produttiva, all'uso sostenibile degli ecosistemi acquatici ed alla tutela dell'ambiente costiero".

34 Sul punto v. ora OPPO, Giorgio, op. cit., p. 3 et seq.

35 Ad osservarlo è lo stesso BIONE, Massimo, op. cit., p. 17, il quale ricorda in proposito che l'art. 38 del Trattato CE definisce "prodotti agricoli" i prodotti del suolo, dell'allevamento e della

Tra l'altro la nozione di "organismi acquatici" di cui all'art. 2, comma 1, decr. legisl. n. 226/2001, era problematica per l'interprete, e si discuteva in particolare se l'espressione si riferisse soltanto ad organismi viventi ovvero anche "ad un resto di materiale di origine organica".³⁶ L'art. 2 decr. legisl. n. 4/2012 (che ha sostituito l'art. 2 decr. legisl. n. 226/2001) ha invece risolto questa ambiguità semantica introducendo il concetto di "organismi acquatici viventi".

Sempre in materia di acquacoltura bisogna aggiungere che tra gli articoli della legge 5 febbraio 1992, n. 102, che non sono stati abrogati dal decr. legisl. n. 4/2012, vi è l'art. 2, il quale recita che l'attività di acquacoltura è considerata a tutti gli effetti attività imprenditoriale agricola quando i redditi che ne derivano sono prevalenti rispetto a

pesca, pure se quest'ultima attività non è stata inserita nell'Accordo di Marrakesh del 15 aprile 1994, il cui atto finale diede vita al World Trade Organization ("WTO"). Su quest'ultimo punto v. BELLANTUONO, Domenico. L'acquacoltura come attività agricola tra normative comunitaria, nazionale e regionale. *Foro it.*, Milano, 2001, p. 2.738. Sulla nozione di impresa agricola in diritto comunitario v. R. ALESSI. *L'impresa agricola*. In: *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, II, Torino: Giappichelli, 2000, p. 997 et seq., che in particolare evidenzia la difficoltà di ricostruire una nozione unica, che abbia cioè valenza comunitaria, dell'impresa agricola e segnala le incongruenze tra l'elenco dei prodotti agricoli contenuto nell'Allegato I e le categorie indicate nell'art. 38 del Trattato CE. Riguardo a quest'ultimo punto taluni osservano, tuttavia, che nella dottrina comunitaria assolutamente dominante non vi sono due distinte definizioni di prodotti agricoli, in quanto solo l'Allegato ne fornisce una elencazione; scopo dell'art. 38 del Trattato, da questo punto di vista, sarebbe piuttosto quello di limitare oggettivamente l'elenco: NICOLETTI, Paola. Agricoltura e silvicoltura nell'art. 38 del Trattato CEE e nell'art. 2135 del codice civile italiano. *Giustizia Civile*, Milano, n. 2, v. 40, p. 417-433, 1990, p. 421.

36 Sul punto si sofferma in particolare GIROLAMI, Matilde, op. cit., p. 680, la quale si interroga, ad esempio, sulla possibilità di includere nella nozione in oggetto gli anfibi, la cui dubbia appartenenza ad una specie di organismi acquatici discende dal fatto che "[...] nella fase adulta abbiano una respirazione polmonare che permette loro di vivere anche fuori dell'acqua". Difficoltà non minori presenta, sembrerebbe, la classificazione di coralli, ostriche perliere e conchiglie da madreperla, giacché "[...] per quanto riguarda in particolare il corallo, quello che si utilizza è niente più che un fossile, ma al momento della raccolta esiste ancora una parte apicale viva, quindi [...] potrebbe essere considerato organismo vivente ai fini dell'itticità dell'attività di raccolta. Per le perle, a parte la rarità della fattispecie, visto che normalmente nei nostri luoghi le perle si coltivano [...] in realtà ciò che si raccoglie è un mollusco vivo, e la perla fa parte dell'organismo vitale [...] Più difficile, invece, sarebbe includere nelle attività ittiche la raccolta di conchiglie *tout court* [...]".

quelli di altre attività economiche non agricole svolte dallo stesso soggetto.³⁷

Va segnalato, infine, che é attività agricola anche l'arboricoltura da legno, che era espressamente menzionata nell'art. 2 d. legisl. 18 maggio 2001, n. 227 (il terzo dei tre decreti – orientamento in materia di agricoltura, che é stato poi modificato con decr. legisl. 9 febbraio 2012, n. 5): secondo l'art. 2, comma 5, del decreto, “per arboricoltura da legno si intende la coltivazione di alberi, in terreni non boscati, finalizzata esclusivamente alla produzione di legno e biomassa. La coltivazione é reversibile al termine del ciclo colturale”.

Si noti che l'art. 2, comma 1, equipara le nozioni di “foresta”, “bosco” e “selva”; questa parificazione in realtà meriterebbe una riflessione, soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra la fattispecie “bosco” e la fattispecie “foresta”, che in realtà sono soggette a una disciplina diversa³⁸ (e si pensi in particolare alla disciplina di diritto

37 E' stato invece abrogato l'art. 1 l. 14 gennaio 1992, n. 102, che definiva l'acquacoltura come “l'insieme delle pratiche volte alla produzione di proteine animali in ambiente acquatico, mediante il controllo, parziale o totale, diretto o indiretto, del ciclo di sviluppo degli organismi acquatici”. Dal confronto emerge che “l'acquacoltore è tale solo se la sua attività, volta alla produzione di proteine animali in ambiente acquatico, comporti da parte sua il controllo del ciclo vitale degli organismi. Dunque, le cure per favorire la crescita delle proteine sono l'elemento caratterizzante l'attività dell'acquacoltore, mentre non sono richieste per l'imprenditore ittico”. Attualmente l'acquacoltura è definita quindi dall'art. 3 decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4, secondo il quale “l'acquacoltura é l'attività economica organizzata, esercitata professionalmente, diretta all'allevamento o alla coltura di organismi acquatici attraverso la cura e lo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, in acque dolci, salmastre o marine”. La nuova definizione richiama chiaramente la nuova nozione di impresa agricola di cui all'art. 2135 cod. civ., e in particolare chiarisce che perché possa parlarsi di ciclo biologico acquicolo é sufficiente che l'attività riguardi anche solo una fase del ciclo stesso.

38 Dispone, infatti, l'art. 2, co. 1o, che “agli effetti del presente decreto legislativo e di ogni altra normativa in vigore nel territorio della Repubblica i termini bosco, foresta e selva sono equiparati”. Il co. 2o precisa che dovranno essere le regioni, entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto, a stabilire la definizione di “bosco” valida per i territori di loro competenza. In ordine alla distinzione tra boschi e foreste v. SERRANO, Agustin Luna. Note per una introduzione al diritto agrario forestale. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1991, p. 302, dove l'Autore spiega lo scarso approfondimento della fattispecie “impresa silvana” proprio con

pubblico che tutela il demanio forestale). In positivo si osserva, invece, che da tempo si attendeva un'espressa disciplina nazionale dei c.d. boschi a basso fusto, già espressamente ritenuti dal legislatore comunitario "alberi da legno"³⁹. Il decreto contiene anche norme vol-

la "[...] abituale presentazione della disciplina forestale da parte del legislatore stesso come solo parzialmente applicabile ai terreni forestali di proprietà privata". Cf. TAMPONI, Michele. Profilo odierno della proprietà forestale. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1984, p. 7 et seq., ove l'Autore evidenzia la distinzione concettuale fra il "terreno boscato" e la "foresta", là dove il primo termine designa indifferentemente qualunque "[...] bene popolato da vegetazione arborea [...]", mentre il secondo si riferisce ai soli beni soggetti alle limitazioni e controlli imposti dal diritto pubblico. Per alcune considerazioni sul punto v. COSSU, *Il "caso Marsilva", ovvero [...] il fallimento dell'impresa silvicola*, nota a Trib. Cagliari, 18 febbraio 1995, *ivi*, 1997, II, p. 309 et seq., ove si evidenzia la diversità di disciplina dell'impresa silvana rispetto all'impresa forestale, segnatamente per il fatto che solo la seconda è sottoposta ai vincoli, idrogeologici e di altra natura, imposti sia dalla legge forestale (r.d. l. 30 dicembre 1933, n. 3267) che dalla l. 8 agosto 1985, n. 431, di conversione del d.l. 27 giugno 1985, n. 312, anche nota come "legge-Galasso", recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale; e infatti questa legislazione, al fine di valorizzare la dimensione ecologica del bosco, ne comprime la funzione produttivo-imprenditoriale, ossia la produzione del legname. Questa distinzione ha portato parte della dottrina a distinguere le due fattispecie: v. LATESSA, voce *Foreste e boschi*, in *Noviss. Digesto it.*, VII, Torino, Utet, 1961, p. 561 et seq.; ABRAMI, Alberto. *Boschi e foreste. Digesto disc. pubbl.*, II, s.d., ma Torino, Utet, 1987, p. 387 et seq., dove l'Autore tiene distinti le foreste e boschi di proprietà pubblica da un lato e gli altri boschi dall'altro, così evidenziando che non l'intero patrimonio boschivo-forestale si identifica con l'oggetto dei vincoli di cui sopra e subisce le prescrizioni di polizia forestale in ordine al regime dei tagli, alla modificazione della destinazione colturale, alle utilizzazioni in genere. Ed ora v. anche, con riferimento alla riforma attuata dal d. legisl. n. 227/2001, ABRAMI, Alberto. *Attualità della materia "foreste"*, op. cit., p. 34 et seq., dove l'Autore valorizza, sul piano concettuale, la perdurante specialità dell'impresa selvicolturale rispetto a quella di coltivazione del fondo. Ritieni, invece, che le due fattispecie siano sostanzialmente coincidenti, quanto meno sul piano della disciplina, ANDREANI, Silvicoltura. In *Enc. del dir.*, XLII, s.d., ma Milano, Giuffrè, 1990, p. 583 et seq., che osserva come la legislazione giuspubblicistica condizioni comunque e sempre il bene bosco anche quando a quest'ultimo sia assegnata una funzione produttiva (privata) piuttosto che una funzione protettiva (pubblica). Allo stato attuale della legislazione, concorda, poi, con la scelta di parificazione operata dal legislatore delegato GERMANÒ, Alberto. Commento agli artt. 1-14 del d. legisl. 18 maggio 2001, n. 227, orientamento e modernizzazione del settore forestale a norma dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57, in *I tre "decreti orientamento": della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico*. In: *Nuove leggi civili commentate*. COSTATO, Luigi. 2001, p. 714 et seq.

39 L'art. 2 d. legisl. n. 227/2001, in materia di "definizione di bosco e di arboricoltura da legno", dispone al co. 5o che "per arboricoltura da legno si intende la coltivazione di alberi, in terreni

te a valorizzare la specificità della silvicoltura rispetto alle altre attività agrarie, e ad evidenziare la distinzione fra boschi cedui e boschi ad alto fusto.⁴⁰

Ne risulta che la distinzione realmente rilevante, sul piano sia della fattispecie che della disciplina – e fatta salva la potestà di intervento del legislatore regionale, che dopo la l. costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 é incrementata⁴¹ – non è quella fra “boschi” e “foreste” bensì quella fra “boschi ad alto fusto” e “boschi da legno” (c.d. ce-

non boscati, finalizzata esclusivamente alla produzione di legno e biomassa. La coltivazione è reversibile al termine del ciclo colturale”. Si è osservata, del resto, la differenza esistente, sotto il profilo oggettivo della capacità riproduttiva, fra bosco ad alto fusto e bosco ceduo: v. ROMAGNOLI, Emilio. Boschi (dir. priv.). In *Enc. del dir.*, V, s.d., ma Milano, Giuffrè, 1959, p. 637 et seq.; cf. COSSU, *Il “caso Marsilva”, ovvero [...] il fallimento dell’impresa silvicola*, op. cit., p. 316, testo e note.

40 L’art. 6 d. legisl. n. 227/2001 dispone che “le attività selvicolturali sono fattore di sviluppo dell’economia nazionale di miglioramento delle condizioni economiche e sociali delle zone montane, nonché a sostegno di nuove opportunità imprenditoriali ed occupazionali anche in forma associata o cooperativa. Esse sono strumento fondamentale per la tutela attiva degli ecosistemi e dell’assetto idrogeologico e paesaggistico del territorio”. In ordine alla distinzione fra boschi cedui e boschi ad alto fusto, e alla diversità della loro considerazione legislativa, il co. 2 dell’articolo dispone che “ove non diversamente disposto dalle leggi regionali, è vietata la conversione dei boschi governati o avviati a fustaia in boschi governati a ceduo, fatti salvi gli interventi autorizzati dalle regioni ai fini della difesa fitosanitaria o di altri motivi di rilevante interesse pubblico”. Sulle peculiarità della silvicoltura rispetto alla coltivazione del fondo v. ALESSI, Rosalba, *L’impresa agricola*. Art. 2135-2140. In: SCHLESINGER, Piero. *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 99 et seq.; ABRAMI, Alberto, op. cit., p. 387.

41 La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 ha modificato il Titolo V, Parte II, della Costituzione italiana, attribuendo alle Regioni una competenza primaria ed esclusiva in materia di agricoltura e foreste, e riservando allo Stato una competenza esclusiva in materia di ambiente ed ecosistema: v. sul punto ABRAMI, Alberto, op. cit., p. 40. L’Autore si chiede, con particolare riferimento al d. legisl. n. 227/2001 sull’impresa forestale, “cosa sopravviva di un decreto legislativo che ha inteso fissare i principi fondamentali della materia secondo i criteri di una competenza concorrente” con le Regioni, *ivi*, p. 52. L’A. auspica un intervento della Corte costituzionale che stabilisca con chiarezza la distinzione fra la materia ambientale (di competenza primaria ed esclusiva statale) e la materia silvicolo-forestale (di competenza primaria ed esclusiva regionale); distinzione che, notoriamente, non è mai stata agevole, perché riguarda beni cui sono sempre state assegnate una valenza, e conseguentemente una disciplina, “mista” pubblicistico-privatistica.

dui),⁴² là dove i primi hanno una naturale attitudine (ri)produttiva, e costituiscono l'oggetto della vera attività silvicola.⁴³ Questa interpretazione é avvalorata anche dal codice civile, che dà rilievo alla distinzione tra coltivazioni ad alto e basso fusto.⁴⁴

2.2. Conclusioni sulla validità del c.d. criterio agrobiologico di classificazione delle attività agricole.

Nel complesso l'elencazione delle attività agricole fondamentali operata dal legislatore sembra seguire il noto criterio c.d. "agrobiologico", che seleziona le ipotesi nelle quali si realizza la combinazione dell'attività umana con un processo vitale.⁴⁵ Come si è visto,

42 V. da ultimo GERMANÒ, Alberto, op. cit., p. 721, il quale osserva che le coltivazioni da legno secondo gli stessi regolamenti comunitari "non possono essere assorbite nella visione pubblicistica di protezione del suolo che le leggi forestali pongono in primo (e talvolta in esclusivo) piano. In altre parole, i popolamenti di alberi di siffatto genere pretendono un'interpretazione stretta della c.d. legge Galasso finalizzata alla salvaguardia degli interessi ambientali ed estetico-paesaggistici, dovendosi invece esaltare, nel procedimento ermeneutico, la considerazione della loro cura e gestione come *impresa* chiaramente *produttrice di legname*", e perciò agricola più che silvicola.

43 L'art. 6, comma 2, d. legisl. n. 227/2001, aggiunge che "è vietato...il taglio a raso dei boschi laddove le tecniche selvicolturali non siano finalizzate alla rinnovazione naturale, salvo casi diversi previsti dai piani di assestamento regolarmente approvati e redatti secondo i criteri della gestione forestale sostenibile di cui all'art. 3, comma 1, lettera *b*)". Sono fatti salvi gli interventi disposti dalle regioni ai fini della difesa fitosanitaria o di altri motivi all'art. 989, comma 1, cod. civ., che in materia di usufrutto prevede una disciplina dei tagli boschivi specifica e innovativa anche rispetto al diritto comunitario ed europeo, posto che nell'Allegato I al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) la produzione di legname non è contemplata fra le attività agricole.

44 Dispone l'art. 989, comma 1, cod. civ., che "se nell'usufrutto sono compresi boschi o filari cedui ovvero boschi o filari di alto fusto destinati alla produzione di legna, l'usufruttuario può procedere ai tagli ordinari, curando il mantenimento dell'originaria consistenza dei boschi o dei filari, e provvedendo, se occorre, alla loro ricostituzione".

45 Da ultimo in argomento v. FORTUNATO, Sabino. La nuova nozione di impresa agricola. In: *La riforma dell'impresa agricola*. Milano: Giuffrè, p. 23; COSTATO, Luigi, *Criterio biologico e imprenditore agricolo*, op. cit., p. 33 et seq.; OPPO, Giorgio, *Introduzione ai lavori*, op. cit., p. 3 et seq.

tuttavia, all'interno di questo processo l'utilizzo delle risorse naturali del fondo – rustico, silvicolo o acqueo – può anche essere solo potenziale, e quindi è anche possibile che manchi qualunque collegamento fra ciclo biologico ed ambiente naturale.⁴⁶ Secondo una soluzione intermedia fra questa tesi e quella più restrittiva (per la quale sarebbero agrarie solo le coltivazioni che utilizzino comunque una “porzione dell'ambiente naturale”) un limite interpretativo implicito sarebbe costituito dal fatto che può essere definita agricola solo l'attività di allevamento di piante o di animali – ivi comprese le specie ittiche – che eventualmente “prescinda sì in concreto dall'utilizzo di tali beni strumentali naturali, ma che potrebbe anche utilmente realizzarsi – con i medesimi risultati produttivi – mediante lo sfruttamento di detti beni”.⁴⁷ Ma ciò che più di tutto merita una riflessione e induce a ritenere che il legislatore in realtà non abbia veramente aderito al criterio agrobiologico puro, è il fatto che l'art. 2135 cod. civ., accanto ad attività attualmente o potenzialmente agrarie, contempla “ulteriori contenuti che nulla hanno a che fare con la cura di un ciclo biologico”.⁴⁸

3. Le attività agricole per connessione.

Merita qualche considerazione anche il tema delle attività agricole connesse. In proposito si è da subito osservato che la riforma, mantenendo fermo l'elemento soggettivo della connessione,⁴⁹ amplia

46 L'ipotesi estrema è formulata da FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 9, il quale osserva come per questa via si giungerebbe a ritenere agricolo “l'allevamento in laboratorio di batteri o di microrganismi, più in generale di organismi geneticamente modificati”.

47 È la soluzione prescelta da FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 9.

48 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 468 et seq., i quali osservano che talune di queste attività hanno a che fare “[...] piuttosto con attività commerciali, di prestazione di servizi, manifatturiere afferenti sotto un profilo economico al comparto agricolo”.

49 Nel senso che si richiede nel soggetto agente lo svolgimento di una delle tre attività agricole principali (coltivazione del fondo o del bosco, allevamento del bestiame, ivi compreso il pes-

di molto quello oggettivo, che ora è riferibile “sia agli ulteriori interventi realizzati sul prodotto ottenuto dalla coltivazione del fondo (rustico e acqueo) [...] sia alla utilizzazione delle attrezzature e risorse dell’azienda agricola per la produzione di ulteriori beni e servizi”. In questo senso potrebbe distinguersi fra una “connessione per prodotto agricolo” ed una “connessione per azienda (agricola)”, là dove la prima tende a valorizzare l’intero ciclo produttivo-distributivo del prodotto agricolo mentre la seconda, ossia la connessione “per azienda”, tende “a sfruttarne la polifunzionalità strumentale nella produzione di beni e servizi ulteriori rispetto al prodotto vivente agrario o suoi derivati”,⁵⁰ come talvolta ha evidenziato la giurisprudenza.⁵¹ Questi beni e servizi ulteriori, evidentemente, sono diversi rispetto ai “prodotti ot-

cato); si riscontra, tuttavia, una “dilatazione” dello stesso criterio di connessione soggettiva nell’art. 8 d. legisl. n. 227/2001, dove è detto che si considerano (sono parificati agli) imprenditori agricoli pure le cooperative ed i loro consorzi qualora forniscano in via principale, anche nell’interesse di terzi, servizi nel settore della silvicoltura, ivi comprese le operazioni di sistemazione idraulico-forestale, e nell’art. 1, co. 2o d. legisl. n. 228/2001, dove si parificano agli imprenditori agricoli le cooperative fra costoro, ed i loro consorzi, qualora svolgano una delle attività agrarie utilizzando prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscano ai soci beni o servizi. Sul punto v. anche *infra*.

50 FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 12, che riferisce l’eventualità della c.d. *connessione per azienda*, chiaramente, allo svolgimento di attività dirette alla fornitura di beni o servizi che si avvalgano prevalentemente di risorse o attrezzature dell’azienda; nello stesso senso ora OPPO, Giorgio, *Introduzione ai lavori*, op. cit., p. 3 et seq. L’Autore precisa che in tal modo “l’azienda diventa un criterio oggettivo di qualificazione dell’attività connessa, sposta la rilevanza sui *mezzi impiegati* e li rende rilevanti per la qualificazione dell’impresa [...]”. Con riferimento alla fattispecie “azienda agricola” v. LAZZARA; PARADISO, op. cit., p. 25 et seq.; sui rapporti fra azienda agricola e azienda commerciale v. IRTI, N. *Impresa e azienda agraria*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, Torino, 1980, p. 636 et seq.

51 In proposito v. Trib. Milano, 14 maggio 2002 (decr.), in *Giur. it.*, 2002, p. 1655 et seq., con nota di VAIRA, Michele, *Brevi note in tema di cancellazione dal Registro delle imprese di società semplice e nuova disciplina dell’articolo 2135 cod. civ.* Giurisprudenza italiana, Milano, 2002, n. 8/9, p. 1655 “connessione per azienda” nello svolgimento, da parte della società semplice “Floricoltura Palmieri” (sulla legittimità della cui iscrizione nella sezione speciale il Tribunale si trovava a decidere), delle attività di “manutenzione di verde pubblico e privato” e di “costruzione di giardini”; nega, invece, la qualifica di attività connesse alla “spalatura neve” e ai “lavori per piccoli scavi”. Da notare che il commentatore critica questa esclusione, ritenendo che anche queste ultime attività possano farsi rientrare nella nuova nozione di impresa agricola.

tenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali".⁵²

È discusso, poi, se l'ampliamento del novero delle attività – là dove, nel testo della norma, si parla di “manipolazione”, “conservazione”, “trasformazione”, “commercializzazione” e “valorizzazione” dei prodotti agricoli anziché soltanto di trasformazione e alienazione come era nella vecchia disciplina – significhi un incremento reale delle ipotesi di connessione oppure rappresenti in qualche modo un pleonaso, e sembra in effetti prevalere questa seconda interpretazione.⁵³ Non sembra facile, invece, delimitare l'ambito delle attività connesse svolte dall'imprenditore ittico, posto che l'art. 4 decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4, vi include il pescaturismo;⁵⁴ l'ittiturismo;⁵⁵ la trasformazione, la distribuzione e la commercializzazione dei prodotti della pesca, nonché le azioni di promozione e valorizzazione; l'attuazione di interventi di gestione attiva, finalizzati alla valorizzazione produttiva, all'uso sostenibile degli ecosistemi acquatici e alla tutela dell'ambiente costiero.⁵⁶ Quanto poi, in particolare, a pescaturismo e

52 Art. 2135, comma 1, cod. civ., nuovo testo.

53 In questo senso BONFANTE, Guido. *Le attività agricole per connessione*, in *La riforma dell'impresa agricola*, op. cit., p. 8-9; CASADEI, Marco, op. cit., p. 736; in senso opposto BUONOCORE, Vincenzo. *Il “nuovo” imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, op. cit., p. 17, che anzi osserva, in particolare, le potenzialità espansive insite nel concetto di “valorizzazione”.

54 L'art. 4, comma 2, lett. a) del decreto classifica come attività di pesca professionale, se svolta dall'imprenditore ittico, “l'imbarco di persone non facenti parte dell'equipaggio su navi da pesca a scopo turistico-ricreativo, denominata “pesca-turismo”.

55 L'art. 4, comma 2, lett. b) del decreto classifica come attività di pesca professionale, se svolta dall'imprenditore ittico, le “attività di ospitalità, ricreative, didattiche, culturali e di servizi, finalizzate alla corretta fruizione degli ecosistemi acquatici e delle risorse della pesca e alla valorizzazione degli aspetti socio-culturali delle imprese ittiche, esercitate da imprenditori, singoli o associati, attraverso l'utilizzo della propria abitazione o di struttura nella disponibilità dell'imprenditore stesso, denominate “ittiturismo”.

56 Così l'art. 2, comma 2-bis, del decreto. Quanto alla distinzione fra pescaturismo ed ittiturismo, essa è dovuta “al maggior collegamento sussistente tra la prima e l'attività di pesca: mentre il c.d. pescaturismo coinvolge coloro che vogliono effettivamente sperimentare l'attività di pes-

ittiturismo è da segnalare che l'art. 1 dell'Allegato al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 13 settembre 2002, attuativo della legge-quadro sul turismo nazionale (l. 29 marzo 2001, n. 135)⁵⁷ espressamente menzionava sia il pescaturismo che l'ittiturismo fra le attività "turistiche", siano esse svolte o meno in forma di impresa (turistica), mentre il decr. legisl. n. 226/2001 non menzionava la legge-quadro sul turismo, che pure era entrata in vigore appena due mesi prima, né quindi l'attività di "turismo rurale".⁵⁸ Emergeva quindi una mancanza di coordinamento, che ancora si riscontra oggi nel rapporto tra la legge quadro sul turismo e la nuova disciplina dell'imprenditore ittico di cui al decr. legisl. 9 gennaio 2012, n. 4.

Si può però ovviare a questa lacuna estendendo in via interpretativa alla legge quadro sul turismo le qualificazioni giuridiche introdotte dal decreto legislativo n. 4/2012, e quindi qualificando pescaturismo e ittiturismo (se svolte in forma d'impresa) come attività connesse tipiche all'attività agricola di pesca.

Quanto alla connessione oggettiva, come si è accennato il criterio della "normalità" contenuto nella vecchia versione dell'art. 2135

ca, anche se soltanto per qualche ora e a scopo ricreativo, il c.d. ittiturismo è, invece, destinato a convogliare su di sé l'interesse di coloro che anche senza, e oltre a, prendere parte alle uscite in mare aperto, vogliono avvicinarsi al mondo del mare e della pesca, fermandosi a soggiornare nell'abitazione del pescatore professionista o in altra struttura da lui adibita a tale finalità" (BOLOGNINI, Silvia, op. cit., p. 696 et seq.).

57 Alla nuova legge-quadro n. 135/2001, di riforma della legislazione nazionale in materia di turismo, si è aggiunto nel frattempo il codice del turismo contenuto nel decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79.

58 Segnala la lacuna ALBISINNI, Ferdinando. *Art. 3. Attività agrituristiche*, in *I tre "decreti orientamento": della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo*, Commentario sistematico. In: COSTATO, Luigi. *Nuove leggi civili commentate*. 2001, p. 752 et seq., che ulteriormente segnala come nell'art. 3 del decreto non si faccia alcun cenno alla l. 27 marzo 2001, n. 122, recante disposizioni modificative ed integrative alla normativa agricolo-forestale, che all'art. 23 disciplina l' "ospitalità rurale familiar". Quest'ultima norma introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una definizione di "turismo rurale". Una ulteriore mancanza di coordinamento riguarda i "sistemi turistici locali" disciplinati nell'art. 5 della legge quadro sul turismo, dato che tra questi sistemi turistici la legge ricomprende anche quelli che offrono prodotti agricoli.

cod. civ. é stato sostituito da quello della “prevalenza”; ciò vale per le attività connesse ittiche, di cui all’art. 2, comma 2 e 2bis decr. legisl. n. 4/2012 come per le attività connesse agricole di cui all’art. 1, comma 1, decr. legisl. n. 228/2001. Anche per la prima categoria dunque, come si era già osservato per la seconda, è necessario e sufficiente per la qualificazione delle attività (come) connesse che “siano effettuate mediante l’utilizzazione prevalente di prodotti derivanti dall’attività di pesca o mediante il ricorso ad attrezzature o risorse dell’azienda normalmente impiegate nell’attività ittica esercitata”.

Nel complesso, ciò che delimita l’ambito delle attività connesse è da un lato il fatto che siano svolte da un imprenditore agricolo, dall’altro il fatto che l’attività connessa si eserciti su prodotti o servizi provenienti prevalentemente dall’impresa agricola, ovvero – seguendo la bipartizione fra “connessione per prodotto” e “connessione per azienda” – dia luogo a prodotti o servizi ottenuti prevalentemente con l’ausilio dei beni strumentali che compongono l’azienda agricola.

All’ampio novero delle attività agricole connesse si aggiungono poi, secondo l’art. 3, d. legisl. n. 228/2001, le attività agrituristiche, la cui nozione viene ulteriormente ampliata rispetto alla l. 5 dicembre 1985, n. 730, che aveva regolato per la prima volta l’attività agriturbistica, poiché ora comprende anche le attività svolte “...all’esterno dei beni fondiari nella disponibilità dell’impresa”.

Meritano una considerazione distinta anche l’art. 8 decr. legisl. n. 227/2001, che contempla quale ulteriore categoria di attività connesse le ipotesi in cui le cooperative ed i loro consorzi forniscano in via principale, anche nell’interesse di terzi, servizi nel settore della silvicoltura, comprese le operazioni di sistemazione idraulico-forestale; l’art. 1, comma 1, decr. legisl. n. 228/2001, che parifica agli imprenditori agricoli le cooperative fra gli stessi, e i loro consorzi, qualora svolgano una delle attività di cui all’art. 2135 cod. civ. utilizzando prevalentemente prodotti dei soci. Le norme in questione ampliano visibilmente l’ambito della connessione soggettiva; la seconda, in particolare, interviene su un tema controverso, quello della natura del

c.d. “contoterzismo”, optando per la qualifica in termini di attività connesse di quelle attività che siano svolte da una cooperativa la quale trasformi prodotti provenienti non da propri fondi ma da fondi dei soci, oppure venda o trasformi prodotti conferiti da estranei o acquistati sul mercato, così derogando in misura forte anche al criterio della connessione soggettiva, che pure la riforma ha mantenuto fermo. La norma, che è stata valutata con favore soprattutto in considerazione del peculiare legame che esiste fra ente e agricoltori entro questa particolare fattispecie associativa, richiama l’attenzione sull’annoso problema dell’alternativa fra connessione tra attività e connessione tra imprese, e mostra di recepire, sul punto, l’orientamento di una parte della dottrina antecedente la riforma, fautrice dell’interpretazione più estensiva.

Resta poi da risolvere il problema della “tipicità” delle attività che prima della riforma erano disciplinate in leggi speciali (e si deve anche chiarire se la legislazione speciale antecedente la riforma sia da considerare tuttora vigente): la domanda é se l’ampliamento del novero delle attività agricole connesse tipiche copra anche l’intero ambito di quelle attività che nel vigore del vecchio art. 2135 cod. civ. erano tali solo per un’espressa presa di posizione in tal senso da parte del legislatore speciale. Ad esse, infatti, si riconosceva, nella comune considerazione della dottrina, il requisito dell’atipicità in quanto non rientravano nella definizione dell’art. 2135 cod. civ.;⁵⁹ alla luce della nuova formulazione della norma, invece, molte di esse possono essere ricomprese a buon diritto nel novero delle attività connesse tipiche.

Non sorgono problemi, ovviamente, per i casi in cui sia lo stesso legislatore a prendere espressa posizione sul punto, richiamando la (previgente) legge speciale, com’è accaduto, pur con qualche

59 Questa bipartizione non coincide del tutto, come si può notare, con quella che, nella dottrina civilistica, distingue il “tipico” dall’“atipico” sulla base della presenza o dell’assenza di una disciplina legale di rango primario, sia essa contenuta nel codice o in una legge speciale extracodicistica.

incongruenza, per l'agriturismo,⁶⁰ per l'acquacoltura⁶¹ e anche per la mescita del vino.⁶² Negli altri casi, come si è già accennato a proposito dell'allevamento di cavalli da corsa,⁶³ la soluzione preferibile distingue a seconda che si tratti o meno di attività che vengono o possono essere svolte sul fondo.⁶⁴ Accade così che talune attività che prima non erano riconducibili, nell'opinione prevalente, alla nozione di agrarietà, sono giudicate ora agricole: così è, ad esempio, per le culture idroponiche ed aeroponiche, nonché per le coltivazioni fuori terra di piante e frutta, in quanto potenzialmente capaci – com'è più che evidente – di essere effettuate (anche) sul fondo.⁶⁵

Nella realtà non è agevole anche dopo la riforma – anzi lo è sicuramente meno rispetto alla disciplina previgente – individuare e delimitare l'ambito delle attività connesse⁶⁶ non soltanto in un dato di ordine “materiale”, ossia nel fatto che la nuova formula dell'art. 2135

60 L'agriturismo, in realtà, da un lato è espressamente contemplato nell'art. 3 decr. legisl. n. 228/2001, ciò che in sé deporrebbe per la tipicità della connessione, dall'altro continua ad essere soggetto alla legge del 1985, espressamente richiamata (e quindi fatta salva) dal medesimo art. 3, che in quanto legge speciale esterna rispetto alla norma definitoria codicistica aveva determinato una connessione normativa atipica.

61 Si v. l'art. 3, d. legisl. n. 4/2012.

62 Quest'ultima è espressamente menzionata, infatti, dall'art. 3, comma 1, decr. legisl. n. 228/2001.

63 V. *supra*, § 2.

64 COSTATO, Luigi. *I tre decreti legislativi di “orientamento” in campo agricolo, forestale e della pesca*. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 2001, p. 225, ove l'Autore formula l'opinione che dovrebbero considerarsi abrogate la l. n. 102/1992 sull'acquacoltura; la l. 419/1971 sull'avicoltura; il d. legisl. n. 173/1998 sull'allevamento di cavalli, mentre dovrebbe dubitarsi dell'abrogazione della l. n. 126/1985 sui coltivatori di funghi (ritengono viceversa che abbia natura sicuramente agraria la coltivazione di funghi al chiuso BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 477) e della l. n. 349/1993 sull'allevamento di cani, in quanto le corrispondenti attività non si svolgono né potrebbero svolgersi sul fondo. Resterebbe sicuramente in vigore la legge speciale sull'agriturismo, in quanto modificata dal d. legisl. n. 228/2001 sull'agricoltura e, in parte, anche dal d. legisl. n. 226/2001 sulla pesca.

65 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 477.

66 Sul punto si v. ADORNATO, Francesco, op. cit., p. 25.

cod. civ. allarga il novero delle attività connesse, ma anche nel venir meno del criterio di connessione e, conseguentemente, di quella funzione giuridica individuante che storicamente tale criterio ha svolto.⁶⁷

4. Dilatazione della fattispecie “impresa agricola” e suoi rapporti con l’impresa commerciale e il relativo statuto.

La riforma del 2001 e le successive modifiche hanno avuto quale obiettivo l’ampliamento del concetto di agrarietà e l’ambito delle relative attività; da questo punto di vista sembra quindi che tutte le istanze in materia di “aggiornamento” della nozione codicistica abbiano trovato una risposta largamente superiore ad ogni aspettativa. Anzi, ancora più radicalmente, sembra che la riforma abbia inteso agrarizzare parte delle attività commerciali, a giudicare dall’ampio spazio riservato, nel ciclo produttivo agro-biologico, alle attività manifatturiere e di produzione di beni e/o servizi anche diversi da quelli naturalmente agrari.⁶⁸

67 È questa la conclusione di BUONOCORE, Vincenzo, *L’impresa*, op. cit., p. 569, dove l’Autore osserva che è dubbia la permanente vitalità ed utilità della stessa distinzione fra attività agricole principali ed attività agricole per connessione: “[...] la naturalità della destinazione al mercato del prodotto, che si traduce poi nella vendita o nella distribuzione del prodotto nei mercati, non può conoscere distinzioni merceologiche, a meno che al termine “connessa” non si voglia dare una valenza meramente descrittiva, nel quale caso anche la vendita del prodotto industriale deve essere considerata attività connessa”.

68 Limitando l’esame alle sole attività agricole “fondamentali”, e quindi a coltivazione del fondo, silvicoltura, allevamento del bestiame e pesca, si potrebbe alternativamente ipotizzare che nulla sia mutato, pure dopo la riforma, dal punto di vista delle dimensioni della fattispecie. Considerando che il rischio biologico non è un elemento (individuante) della fattispecie giuridica “impresa agricola” (ritiene, però, che lo sia da un punto di vista socio-economico GALGANO, Francesco. *L’impresa, le società in genere, le società di persone*. Padova: Cedam, 2004, p. 62 et seq.), varrebbe, in questo senso, la considerazione che spetta comunque all’imprenditore agricolo determinare l’ampiezza del ciclo produttivo ed il numero delle sue fasi (e su questo punto v. GENOVESE, A. La nozione giuridica dell’imprenditore agricolo. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1992, p. 232). Ciò potrebbe voler dire che anche là dove l’imprenditore scelga di svolgere solo una parte del ciclo, ovvero scelga di svolgerla al di fuori del proprio fondo, egli resterebbe imprenditore agricolo e, prima ancora, che la fattispecie resterebbe impresa agricola.

È innegabile tuttavia che il tasso di “rarefazione” raggiunto dalla fattispecie in conseguenza della riforma – specialmente con riguardo alle attività agricole per connessione – è veramente molto alto:⁶⁹ ciò che realmente fa pensare non è il fatto che l'imprenditore agricolo possa intervenire anche soltanto su una fase del ciclo produttivo, bensì il duplice dato della rilevanza (solo) eventuale del fondo – dato che il legame con il fondo è sempre stato l'elemento che ha determinato l'agrarietà intrinseca delle attività “fondamentali” come l'agrarietà per connessione di certe attività di commercio – e l'enorme capacità espansiva concessa alle attività manifatturiere e di servizi che emerge dalla nuova lettera dell'art. 2135 cod. civ. Da questo punto di vista è centrale il problema dell'interpretazione sia del verbo “possono utilizzare”⁷⁰ (con riferimento al legame tra l'attività agricola e il fondo), e sia del nuovo criterio della “prevalenza”, che individua la misura della connessione in luogo del previgente criterio della “normalità”. Anche più dirompente, probabilmente, è poi il profilo della c.d. “connessione per azienda”, di cui si è già detto.⁷¹

Al di là del giudizio critico che la riforma può sollecitare, è innegabile, dunque, che sul piano sostanziale della fattispecie si assiste ad un'accentuazione della multifunzionalità dell'impresa, agraria e ittica: la vera novità consisterebbe non già nell'adesione al criterio agrobiologico e, con esso, nella riconosciuta rilevanza della “cura di un ciclo biologico” quale fattore caratterizzante l'impresa agricola, bensì nel fatto, già rimarcato, che vengono ora in evidenza all'interno del ciclo produttivo d'impresa attività commerciali, di prestazione di

69 Anche a volere sostenere l'opinione più permissiva, infatti, bisogna riconoscere che manca, o quanto meno può mancare, da parte dell'imprenditore, lo svolgimento dell'attività che “[...] potenzia o dirige *la realizzazione del programma genetico, che ogni specie vegetale e animale possiede*”: GENOVESE, A., *La nozione giuridica dell'imprenditore agricolo*, op. cit., p. 233.

70 La scelta della formula è criticata, per la sua ambiguità, da COSTATO, Luigi, *Criterio biologico e imprenditore agricolo*, op. cit., p. 38, ove anche riferimenti alla formula, parzialmente diversa, che era utilizzata nel testo della proposta formulata dalla “Commissione Borroni”, coordinata da Adornato.

71 V. *supra*, § 3, testo e nt. 49-50.

servizi, manifatturiere afferenti sotto un profilo economico al comparto agricolo.⁷² Obiettivo primario del legislatore sembra essere, cioè, promuovere la crescita di un'impresa agricola polifunzionale,⁷³ là dove la pluriattività dell'impresa agricola attiene alla presenza nel ciclo produttivo di attività prettamente commerciali che sono divenute agricole per volontà del legislatore.

La conclusione di cui sopra pare avvalorata sia dalla legge delega⁷⁴ che dalle linee evolutive della intera normativa in materia di agricoltura: si allude in particolare al già citato decr. legisl. 30 luglio 1999, n. 300⁷⁵ e alle novità introdotte, rispettivamente, dall'art. 10, decr. legisl. n. 228/2001 in merito alle forme (consentite) per l'esercizio di impresa da parte di imprenditori agricoli c.d. "a titolo principale" (i.a.t.p.), e dall'art. 2 del medesimo decreto, in materia di estensione agli imprenditori agricoli degli effetti di pubblicità legale dell'iscri-

72 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 468; nello stesso senso cf. BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 566 et seq., il quale osserva che in agricoltura non meno che al di fuori dell'agricoltura "[...] siccome il prodotto non è fatto per rimanere nei magazzini dell'imprenditore, come è naturale che l'industriale lo venda, così appare altrettanto naturale che la medesima operazione la compia il coltivatore o il silvicultore o l'allevatore, a meno che egli non voglia far marcire frutta e verdura nei propri depositi o non voglia attendere la morte naturale dei suoi animali o preferisca che il suo bosco divenga inestricabile". Considerazioni analoghe vengono fatte, del resto, anche a proposito dell'imprenditore ittico: BOLOGNINI, Silvia, op. cit., p. 696.

73 Si veda, in proposito, l'art. 8, co. 1º, lett. d) della l. delega n. 57/2001, ove è stabilita, fra i criteri direttivi imposti al Governo, la "[...] previsione dell'integrazione delle attività agricole con altre extragricole svolte in seno all'azienda ovvero in luogo diverso dalla stessa, anche in forma associata o cooperativa, al fine di favorire la pluriattività dell'impresa agricola anche attraverso la previsione di apposite convenzioni con la pubblica amministrazione".

74 V. l'art. 7, co. 3º, lett. c) della l. delega n. 57/2001, dove è detto che fra gli obiettivi imposti al legislatore, in armonia con la politica agricola dell'Unione europea, vi è quello di "[...] ammodernare le strutture produttive agricole, della pesca e dell'acquacoltura, forestali, di servizio e di fornitura di mezzi tecnici a minor impatto ambientale, di trasformazione e commercializzazione dei prodotti nonché le infrastrutture per l'irrigazione al fine di sviluppare la competitività delle imprese agricole ed agroalimentari, soddisfacendo la domanda dei mercati ed assicurando la qualità dei prodotti, la tutela dei consumatori e dell'ambiente".

75 V. *supra*, § 1.

zione nel registro delle imprese,⁷⁷ poi sostituiti dall'art. 1, comma 5-*quinquies* del decr. legisl. 29 marzo 2004, n. 99, che ha abrogato la figura dello i.a.t.p. e l'ha sostituita con l'imprenditore agricolo professionale (i.a.p.).⁷⁸

La figura dell'imprenditore agricolo professionale sostituisce a tutti gli effetti quella dell'imprenditore agricolo a titolo principale,⁷⁹ fermo restando che così come non tutti gli imprenditori qualificati agricoli secondo l'art. 2135 cod. civ. avevano i requisiti per essere qualificati "imprenditori agricoli a titolo principale" secondo il diritto comunitario, così adesso non tutti gli imprenditori qualificati agricoli

77 Ai sensi dell'art. 2, d. legisl. n. 228/2001 "l'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 e seguenti del codice civile, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'articolo 2193 del codice civile". L'art. 2 del decreto attua l'art. 8, co. 1o, lett. d) della l. delega n. 57/2001, che prevede l'estensione del regime di pubblicità legale a soggetti ed attività agricoli. Per un commento v. CAGNASSO. L'iscrizione dell'imprenditore agricolo nel registro delle imprese. In: *Società*, 2002, p. 155 et seq. Fra gli effetti della riforma vi sarebbe anche l'abrogazione implicita dell'art. 2136 c.c. (inapplicabilità delle norme sulla registrazione), secondo il quale "le norme relative all'iscrizione nel registro delle imprese non si applicano agli imprenditori agricoli, salvo quanto è disposto dall'articolo 2200" (BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 461).

78 Secondo l'art. 1 del decr. legisl. 29 marzo 2004, n. 99, è imprenditore agricolo professionale (i.a.p.) colui il quale sia in possesso di conoscenze e competenze professionali ai sensi dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, e dedichi alle attività agricole di cui all'articolo 2135 del codice civile, direttamente o in qualità di socio di società, almeno il cinquanta per cento del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dalle attività medesime almeno il cinquanta per cento del proprio reddito globale da lavoro".

79 L'imprenditore agricolo a titolo principale di cui all'art. 12 della legge 9 maggio 1975, n. 153, trovava le proprie radici normative nelle c.d. direttive strutturali, cioè le direttive nn. 159-161 del 17 aprile 1972, recanti norme di ammodernamento del settore agricolo in parziale applicazione del c.d. "Piano Mansholt", o *Memorandum* sulla riforma della politica agraria comunitaria presentato al Consiglio della Commissione CEE il 18 dicembre 1968, ed elaborato ai sensi dell'art. 43, paragrafo 1, del Trattato CEE (già art. 37 del Trattato CE), ora art. 43 TFUE. Per riferimenti anche bibliografici alle direttive strutturali (poi abrogate e sostituite dal regolamento del Consiglio n. 797/1985, del 12 marzo 1985, modificato dal regolamento (CEE) n. 1137/88), ed al loro rapporto con la l. n. 153/1975, v. COSSU, Monica, op. cit., p. 19, testo e n. 1. L'art. 5-*quater* decr. legisl. 29 marzo 2004, n. 99, dice espressamente che "qualunque riferimento nella legislazione vigente all'imprenditore agricolo a titolo principale si intende riferito all'imprenditore agricolo professionale".

secondo l'art. 2135 cod. civ. hanno i requisiti per essere qualificati "imprenditori agricoli professionali" secondo il diritto europeo.

Bisogna osservare che già l'art. 10 decr. legisl. n. 228/2001, aveva modificato l'art. 12 della legge 9 maggio 1975, n. 153, estendendo l'accesso alle agevolazioni comunitarie previste a favore degli imprenditori agricoli individuali "a titolo principale" alle società di persone e di capitali.⁸⁰ Venivano così eliminati quei disincentivi all'impiego delle forme collettive di esercizio dell'impresa (diverse dalle cooperative e dalle associazioni fra imprenditori agricoli) che avevano sollecitato aspre critiche nei confronti della legge nella sua formulazione originaria.⁸¹ Ciò che rappresenta un ulteriore incoraggiamento all'impiego delle forme societarie in agricoltura.⁸²

80 La formula originaria dell'art. 12, comma 1, della legge n. 153/1975 si riferiva, invece, ai soli imprenditori agricoli-persone fisiche (v. *supra*, nel testo).

81 C'è chi osserva, infatti, che questa "concessione" depone palesemente nel senso di fare emergere "[...] un'impresa polifunzionale che vede potenziate le sue possibilità anche dall'espressa facoltà di utilizzo di qualsivoglia forma societaria [...]": (BONFANTE, Guido, op. cit., p. 5). In argomento sia consentito rinviare a M. COSSU, *La discriminazione normativa fra imprenditori agricoli a titolo principale e il formalismo della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 18 et seq. Nella fattispecie la Corte comunitaria veniva chiamata a pronunciarsi, ex art. 177 del Trattato, su due questioni pregiudiziali attinenti l'interpretazione dell'art. 2, n. 5 del regolamento CEE del Consiglio 12 marzo 1985, n. 797, relativo al miglioramento dell'efficienza delle strutture agrarie, e dell'art. 5, n. 5 del regolamento CEE del Consiglio 15 luglio 1991, n. 2328, modificativo del precedente. Nella sostanza la questione verteva sulla possibilità o meno di concedere ad un imprenditore agricolo costituito in forma di società di capitali, la "Monte Arcosu s.r.l.", le provvidenze previste dai citati regolamenti comunitari per gli imprenditori agricoli, posto che la legislazione nazionale e regionale sarda attuativa dei regolamenti stessi non prevede l'esercizio dell'attività in detta forma. La Corte rigettava il ricorso con il quale il Tribunale di Cagliari chiedeva una pronuncia interpretativa ai giudici comunitari, ritenendo che i regolamenti CEE invocati dalla società ricorrente non potessero essere applicati "[...]allorché il legislatore di uno Stato membro non ha adottato le misure necessarie per la loro esecuzione nel suo ordinamento giuridico interno". Ciò in quanto si tratta, nel caso specifico, di regolamenti privi del requisito dell'autoapplicabilità negli ordinamenti nazionali, testimoniata dal rinvio che gli stessi operano a norme nazionali esecutive. In mancanza di una legislazione regionale che regolaet regolasse espressamente la materia trovava applicazione, dunque, l'art. 13, co. 1o, l. 9 maggio 1975, n. 153 nella sua formulazione originaria (v. *supra*, n. 77).

82 Nel senso dell'opportunità di un ammodernamento del settore che passi anche attraverso l'utilizzo di schemi societari v. ROMAGNOLI, Emilio. *L'impresa agricola*. In: RESCIGNO, Pietro.

Si aggiunga che ai sensi dell'art. 9, decr. legisl. n. 228/2001 gli imprenditori agricoli a titolo principale che divengano soci di società di persone mantengono la qualifica e non perdono i vantaggi previdenziali, fiscali e creditizi dalla stessa derivanti; il che rappresenta un ulteriore incoraggiamento all'utilizzo della forma organizzativa societaria in agricoltura.⁸³

Riguardo all'aspetto della pubblicità, l'iscrizione nel registro delle imprese con semplice effetto di pubblicità- notizia era già prevista, com'è noto, a partire dall'art. 8 della l. 29 dicembre 1993, n. 580.⁸⁴

C'è da dire che non essendo venute meno le ragioni che sug-

Trattato di diritto privato. Torino: Utet, t. 2, 1986, p. 1.051; FANTOZZI, Augusto. Prospettive dello strumento societario in agricoltura (profili fiscali). *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1993, p. 287 et seq., ove l'Autore esamina distintamente i vantaggi connessi alla scelta di ciascun singolo tipo di società.

83 Più esattamente, dispone l'art. 9, d. legisl. n. 228/2001 che "ai soci delle società di persone esercenti attività agricole, in possesso della qualifica di coltivatore diretto o di imprenditore agricolo a titolo principale, continuano ad essere riconosciuti e si applicano i diritti e le agevolazioni tributarie e creditizie stabiliti dalla normativa vigente a favore delle persone fisiche in possesso delle predette qualifiche. I predetti soggetti mantengono la qualifica previdenziale e, ai fini del raggiungimento, da parte del socio, del fabbisogno lavorativo prescritto, si computa anche l'apporto delle unità attive iscritte nel rispettivo nucleo familiare". Per un commento all'articolo v. CARMIGNANI, *Art. 9. Soci di società di persone*, in *I tre "decreti orientamento": della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo*, op. cit., p. 804.

84 L'art. 8, comma 4, legge n. 580/1993, dispone che "sono iscritti in sezioni speciali del registro delle imprese gli imprenditori agricoli di cui all'articolo 2135 del codice civile, i piccoli imprenditori di cui all'articolo 2083 del medesimo codice e le società semplici"; con la puntualizzazione che l'iscrizione nelle sezioni speciali, sul piano dell'efficacia, funge da certificazione anagrafica e pubblicità-notizia, mentre non produce gli effetti di "pubblicità dichiarativa" che l'art. 2193 cod. civ. ricollega all'iscrizione nella sezione ordinaria, e che si compendiano nell'opponibilità ai terzi degli atti e fatti iscritti nel registro. Il regolamento di attuazione dell'art. 8, contenuto nell'art. 7, del d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, venne modificato dall'art. 2, d.p.r. 14 dicembre 1999, n. 358, ai sensi del quale sono iscritti in un'unica sezione speciale del registro delle imprese gli imprenditori agricoli, i piccoli imprenditori e le società semplici. Ricostruisce i diversi passaggi normativi con specifico riferimento alla disciplina dell'impresa agricola BELVISO, Umberto. Il regime pubblicitario dell'imprenditore agricolo (la riforma di inizio secolo). *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 2002, p. 147 et seq.; IBBA, Carlo, *La pubblicità delle imprese*. Padova: Cedam, 2012, p. 77 e 334 et seq.

geriscono di differenziare lo statuto dell'imprenditore (anche) in ragione delle dimensioni, il nuovo regime viene a creare entro il sistema sicuramente una grave distorsione. È di dubbia costituzionalità, in particolare, un quadro normativo che differenzia "piccolo imprenditore agricolo" e "piccolo imprenditore commerciale" riguardo agli effetti dell'iscrizione (nella stessa sezione speciale!): effetti di pubblicità legale con conseguente opponibilità ai terzi degli atti e fatti iscritti per il piccolo imprenditore agricolo; effetti di semplice pubblicità anagrafica per il piccolo imprenditore commerciale.

Sempre in merito all'obbligo di iscrizione nel registro va detto infine che l'art. 4, co. 1° del decreto 228/2001 prevede che "gli imprenditori agricoli, singoli o associati, iscritti nel registro delle imprese, possono vendere direttamente al dettaglio, in tutto il territorio della Repubblica, i prodotti provenienti in misura prevalente dalle rispettive aziende, osservate le disposizioni vigenti in materia di igiene e sanità".

Ora, è vero che l'art. 2 della legge 25 marzo 1997, n. 77, prevede l'esenzione dall'iscrizione nel registro delle imprese da parte dei produttori agricoli che nell'anno solare precedente hanno realizzato o prevedono di realizzare (in caso di inizio attività) un volume di affari non superiore a 7000 euro. Tuttavia, il Ministero dello sviluppo economico ("MISE") con la Risoluzione 20 gennaio 2014, n. 8698, ha chiarito che l'imprenditore agricolo che intenda vendere i propri prodotti su aree pubbliche è sempre obbligato a iscriversi nel registro delle imprese. In tale caso, dunque, l'esenzione non si applica.

Al di là di ciò va segnalato che secondo taluni autori la nuova disciplina sugli obblighi di iscrizione nel registro delle imprese agricole sarebbe sintomo dell'avvenuta commercializzazione dell'impresa agraria.⁸⁵ Altri osservano, meno marcatamente, che dal riconosci-

85 In questo senso BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 569 et seq.; BUONOCORE, Vincenzo, *Il "Nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, op. cit., p. 22 et seq.

mento dell'efficacia dichiarativa all'iscrizione – già da tempo auspicata, del resto, da taluni commentatori della legge istitutiva del registro delle imprese⁸⁶ – dovrà necessariamente discendere, prima o poi, l'estensione all'impresa agricola dello statuto dell'imprenditore commerciale, essendo comunque in corso un “processo di commercializzazione dell'agricoltura”.⁸⁷

Si può osservare, in particolare, che non è da escludere, in una prospettiva *de jure condendo*, che le attività agrarie, (in quanto) divenute parte di rapporti di mercato nello specifico comparto agro-alimentare, possano essere introdotte “a pieno titolo nell'area della commercialità”,⁸⁸ con la conseguenza, in questo caso, che l'impresa agricola sarebbe sottoposta per intero allo statuto dell'impresa commerciale,⁸⁹ potendosi ritenere venuti meno, nell'ipotesi, gli elementi distintivi fra l'una e l'altra,⁹⁰ e potrebbe sottrarsi al fallimento e alle altre procedure concorsuali, solo se sia una piccola impresa.⁹¹ Ciò sig-

86 Hanno criticato sin da subito la scelta del regime di pubblicità-notizia per gli imprenditori agricoli come per i piccoli imprenditori e le società semplici MARASÀ, Giorgio; IBBA, Carlo. *Il registro delle imprese*. Torino: Utet, 1997, p. 4 et seq., evidenziando come le finalità perseguite con il sistema di pubblicità commerciale risultassero gravemente compromesse dalla scelta di mantenere distinto, quanto agli effetti, il regime di iscrizione degli imprenditori che erano già tenuti all'iscrizione stessa nel sistema del codice, e il regime prescritto per gli imprenditori che entro quel sistema ne erano, invece, esonerati.

87 BIONE, Massimo, *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, op. cit., p. 20. A livello sistematico sarebbe d'ausilio a questa ricostruzione, in qualche modo, il fatto che le tre direttive strutturali emanate dalla Comunità in materia di agricoltura, dalle quali è derivata la sopra menzionata l. n. 153/1975, prevedessero l'obbligo, per l'imprenditore agricolo, di tenere le scritture contabili. Lo ricordano BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 466 et seq.

88 BIONE, Massimo, op. cit., p. 20.

89 Sul punto v. meglio *infra*, § 5.

90 È la conclusione di FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 20.

91 BIONE, Massimo, *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, op. cit., p. 20-21, ove è detto che all'iscrizione nel registro delle imprese con funzione di pubblicità legale è da ritenere che consegua “[...] l'estensione all'imprenditore agricolo di tutte quelle norme e

nificherebbe il venire meno di quella linea distintiva fra materia agricola e materia commerciale che il codice civile, nell'originaria formulazione degli artt. 2135-2140 cod. civ., aveva tracciato forse un pò rigidamente, condizionato dal retaggio della cultura giuridica antecedente l'unificazione fra codice civile e codice di commercio.⁹² Ciò là dove si convenga che "la scomparsa del fondo agricolo come base imprescindibile per la qualifica di un'attività come agricola e la sostituzione del criterio della normalità con quello della prevalenza hanno sostanzialmente tolto anche quelle residue specificità che potevano, sia pure tra molte perplessità, giustificare statuti diversi fra imprenditori commerciali e imprenditori agricoli", poiché fondati su un criterio di tipo meramente merceologico.⁹³

Tuttavia la riforma della legge fallimentare (R.D. 16 marzo

regole che fanno riferimento al dato formale della registrazione anziché a quello sostanziale dell'oggetto dell'attività [...]"; fra queste, evidentemente, troveranno applicazione le norme sulla forma dei contratti di trasferimento d'azienda (art. 2555), sulla cessione dei crediti aziendali (art. 2559), sull'efficacia probatoria delle scritture contabili (artt. 2709-2711 c.c.). È questo, del resto, il traguardo che l'Autore già auspicava da tempo, insieme a parte della dottrina: cf. BIONE, Massimo, *L'imprenditore agricolo*, op. cit., p. 449 et seq.; ROMAGNOLI, Emilio, *L'impresa agricola*, op. cit., p. 935 et seq.

92 BUONOCORE, Vincenzo, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogeneità dei fini*, op. cit., p. 22 et seq.; BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 565, dove l'Autore ritiene che "[...] sono ormai scomparse le ragioni che giustificano due statuti diversi per l'imprenditore agricolo e per l'imprenditore commerciale e, soprattutto, che è venuto il tempo di eliminare l'unica differenza normativa che [...] ancora divide le due categorie di imprese o, per essere più precisi, di uniformare le due discipline sancendo il fallimento per entrambe o per entrambe, ove questo fosse il trend normativo, escludendolo". L'Autore si riporta, sostanzialmente, all'opinione già espressa da Alessandro Graziani in ordine al fatto che la crescente complessità organizzativa delle imprese agricole non giustifica più l'esonero dallo statuto dell'impresa commerciale.

93 FORTUNATO, Sabino, *La nuova nozione di impresa agricola*, cit., p. 20; BIONE, Massimo, *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, cit., p. 22, che ricorda i vari progetti di riforma che a partire dagli anni '80 caldeggiarono l'estensione del fallimento all'imprenditore agricolo medio-grande; RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *Impresa agricola e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. agr.*, 1985, I, p. 401 ss.; *contra* DI LAURO, Massimo, *Fallimento e imprenditore agricolo*, *ivi*, p. 406 ss.

1942, n. 267) contenuta nel decr. legisl. 9 gennaio 2006, n. 5⁹⁴ non ha differenziato il trattamento della piccola e della medio-grande impresa agricola, e quindi tutte le imprese agricole sono tuttora esonerate dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali a prescindere dalle dimensioni.

5. Conclusioni *de jure condito* e *de jure condendo*.

Riassumendo le conclusioni raggiunte, da un lato la disciplina dell'impresa agricola richiede una risposta chiara all'interrogativo se sia stata messa in discussione la fattispecie "impresa agricola"; dall'altro fa constatare che appare sempre meno giustificato sottrarre del tutto il comparto produttivo agro-alimentare alla *lex mercatoria*,⁹⁵ giacché, ora più che mai, il settore attinge dal mercato ed è ad esso collegato non meno delle attività tradizionalmente considerate "di commercio".⁹⁶

94 Il decreto ha introdotto la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

95 In argomento v. OPPO, Giorgio, *Materia agricola e "forma" commerciale*, op. cit., p. 77 et seq.; MASI, Pietro. L'impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo II, 1983, p. 469 et seq. Sull'inadeguatezza dell'art. 2135 c.c. quale norma definitoria dell'impresa agricola v. RIVOLTA, Gian Carlo. Sull'impresa agricola: vitalità ed espansione di una fattispecie codicistica. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1989, p. 538.

96 BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 566-567, dove l'Autore osserva che "[...] l'esame della nuova disciplina dell'imprenditore agricolo fa nascere il dubbio, invero più che fondato, che possa ancora utilmente distinguersi l'imprenditore agricolo dall'imprenditore commerciale sulla base dei criteri finora adottati e rende legittima la domanda se non sia il caso di formulare una diversa proposta[...]. Un'unica figura di imprenditore che eserciti professionalmente un'attività economica organizzata di produzione di beni, siano essi manufatti o prodotti del suolo [...]" . In senso contrario OPPO, Giorgio. Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1976, p. 591 et seq., ora in OPPO, Giorgio, *Scritti giuridici*, op. cit., p. 56 et seq.; ROMAGNOLI, Emilio, *L'impresa agricola*, op. cit., p. 943 et seq.; BIONE, Massimo, *L'imprenditore agricolo*, op. cit., p. 463 et seq.; RIVOLTA, Gian Carlo, op. cit., p. 543 et seq.

È più che mai attuale, in questo senso, la constatazione – risalente, del resto – che in un’economia di mercato anche i prodotti agricoli, del suolo come della pesca, possono avere una vocazione autenticamente “commerciale”, e in questa eventualità la loro produzione non può prescindere dallo scambio.⁹⁷

Un altro “nodo” nella riforma è spiegare perché le imprese agricole sia state aggiunte al novero delle imprese soggette a iscrizione nel registro delle imprese con effetti di pubblicità legale, al pari delle imprese commerciali, *ex art.* 2195 cod. civ.

Anche a voler sostenere che il legislatore avrebbe in questo modo compiuto un primo passo verso la commercializzazione dell’impresa agricola, non basta a sostenere questa tesi il nuovo regime di pubblicità legale, posto che le “imprese soggetta a registrazione” nell’ordinamento giuridico italiano non sono solo le imprese commerciali: più esattamente, non coincidevano del tutto con le imprese commerciali già entro il codice civile del 1942 e se ne distaccarono ancora di più con l’istituzione del registro delle imprese, che ha previsto anche per le imprese agricole e per le piccole imprese commerciali l’obbligo di iscrizione.⁹⁸

Bisogna, dunque, concludere che l’iscrizione nel registro delle imprese é un elemento estrinseco, che non decide la natura agricola o commerciale dell’attività;⁹⁹ proprio la riforma dell’impresa agricola,

97 Evidenzia il rinnovato interesse scientifico, e prima ancora l’accreciuta rilevanza normativa, di una disciplina commerciale transnazionale GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 242.

98 Si v. GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, cit., pp. 224 s., ove l’Autore, con riferimento al rinnovato vigore acquisito dagli scambi commerciali nell’era post-industriale, osserva che proprio il settore agroalimentare “...presenta una fenomenologia tanto vasta e multiforme da esprimersi in modi diversi a seconda che si tratti della distribuzione dei prodotti del suolo, o delle materie prime, trattate nelle borse merci mondiali, ovvero di prodotti agricoli o industriali avviati al dettaglio attraverso canali lunghi o canali corti, imprese succursalistiche, grandi organizzazioni commerciali o normale dettaglio...”.

99 GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, op. cit., p. 225: “la grande distribuzione agroalimentare fa rivivere l’antica dipendenza del produttore dal commerciante come soggetto propulsivo del sistema economico”.

del resto, imponendo l'iscrizione con effetti di pubblicità legale alla società semplice, ossia all'unico tipo societario non utilizzabile per l'esercizio di attività commerciali, conferma questo dato sistematico.¹⁰⁰

Quanto alle altre conseguenze che dovrebbero determinarsi de jure condendo nel senso dell'unificazione normativa tra fattispecie dell'impresa agricola e fattispecie dell'impresa commerciale, non va dimenticato che l'obbligo di tenuta delle scritture contabili stabilito per le imprese commerciali può essere esteso alle imprese agricole solo con una espressa norma di legge, giacché l'art. 2214 rinvia all'art. 2195 cod. civ. ed è dunque applicabile alle sole imprese commerciali, o di forma commerciale. Ovviamente l'imprenditore agricolo è libero di tenere le scritture contabili facoltativamente, quindi su base volontaria.¹⁰¹ Considerazioni analoghe valgono per le norme in materia di rappresentanza commerciale, nel senso che in mancanza di un intervento legislativo che ne sancisca espressamente l'applicazione tali norme non possono essere estese alle imprese agricole. Anche in questo caso, l'imprenditore agricolo può dotarsi di rappresentanti i cui poteri siano in tutto corrispondenti a quelli dell'istitutore, del procuratore o del commesso, se vuole.¹⁰² Queste considerazioni chiariscono che un'applicazione parziale dello statuto dell'imprenditore

100 OPPO, Giorgio, *Materia agricola e "forma" commerciale*, op. cit., p. 127 et seq.

101 Sullo specifico punto, e con particolare riguardo al potere del conservatore del registro delle imprese di richiedere al giudice del registro l'ordine di cancellazione dell'iscrizione (già avvenuta) di una società semplice il cui oggetto sociale risulti essere commerciale piuttosto che agricolo v. Trib. Milano, 14 maggio 2002 (decr.), op. cit. La pronuncia in questione rappresenta la prima applicazione giurisprudenziale della nozione riformata di imprenditore agricolo, e offre l'occasione per richiamare il dibattito sul riconoscimento, in capo al Conservatore del registro delle imprese, del potere di valutare la validità sostanziale dell'atto da iscrivere (nella fattispecie, dell'atto costitutivo di una società semplice): VAIRA, op. cit., p. 1655.

102 Sull'efficacia di questa iscrizione v. cenni in SPADA, Paolo. Schegge di riforma del diritto delle società di persone. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 48, n. 3, p. 347-363, magg./giugno, 2002, p. 351.

commerciale di per sé non altera la fattispecie “impresa agricola”,¹⁰³ né ha la capacità di “trasformarla” in un’impresa commerciale.¹⁰⁴

È da escludere, insomma, che un fattore estrinseco, quale l’estensione all’imprenditore agricolo di alcune norme dello statuto dell’imprenditore commerciale che prescindono dalla natura dell’attività esercitata (come appunto quelle sulla pubblicità commerciale) possa incidere sulla qualificazione della fattispecie,¹⁰⁵ che muterà solo quando, eventualmente, l’impresa agricola venga sottoposta per volontà del legislatore allo statuto dell’impresa commerciale.

Al di là del giudizio di merito che la riforma suscita, per via dello snaturamento della fattispecie “impresa agricola” e dell’enorme ampliamento del novero delle attività agricole, in mancanza di una espressa opzione legislativa per lo statuto dell’impresa commerciale continuerà a trovare applicazione lo statuto dell’impresa agricola, eventualmente integrato da elementi dello statuto dell’impresa commerciale, come accade ora per la pubblicità legale.

Al momento, l’unico dato sicuro, sul piano del diritto positivo, è che la fattispecie “impresa agricola” non solo esiste ma si è, anzi, tanto incredibilmente dilatata a discapito dell’impresa commerciale da indurre ad interrogarsi sull’opportunità di “introdurre un concetto che meglio esprima la nuova realtà”.¹⁰⁶

103 OPPO, Giorgio, *Materia agricola e “forma” commerciale*, op. cit., p. 134, che ritiene sussistere in questo caso un’ipotesi di *efficacia probatoria di libri facoltativi*.

104 Ibidem, p. 139 et seq., ove l’Autore tra l’altro precisa che l’art. 2138 c.c., in materia di “dirigenti e fattori di campagna”, non rappresenta un limite in questo senso: il tenore della norma testimonia, anzi, della “[...] libertà del proponente nella determinazione dei poteri rappresentativi”, ossia del loro contenuto.

105 Si osserva, piuttosto, che questa estensione casomai può giovare all’impresa agricola, data la povertà del relativo statuto (Ibidem, p. 134 et. seq).

106 OPPO, Giorgio, *Materia agricola e “forma” commerciale*, op. cit., p. 136.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br

3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

- (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
- (b) Orientação: retrato;
- (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (f) Espaçamento: 0 pt antes e depois no texto e 0 pt antes e 6 pt depois para as notas de rodapé; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
- (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
- (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

4. Os artigos deverão possuir:

- (a) sumário;
- (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto e o outro necessariamente o inglês;
- (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
- (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pe-

los Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.

7. Realizado esse procedimento, os artigos aprovados serão submetidos aos Editores e aos membros dos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, que se reunirão para avaliá-los e finalizar a seleção para a publicação, observando os critérios de qualidade e exogenia e a quantidade de artigos por número.

8. Além desses artigos avaliados anonimamente por pares, a RSDE publicará até dois artigos de convidados por número. Estes artigos serão avaliados somente pelos Conselhos Editorial e Executivo, os quais analisarão a pertinência temática com o foco e o escopo da Revista e a observância das regras formais para publicação.

9. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.