Espaço Discente

A RECONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS CONTRATOS MERCANTIS DE COLABORAÇÃO

ANDRÉIA CRISTINA BEZERRA

LEONARDO NETTO PARENTONI

Delimitação do tema. 2. Desconsideração da personalidade jurídica: breve notícia histórica. 3. Desconsideração da personalidade jurídica: principais teorias. 4. Contratos mercantis de colaboração: 4.1 Noções gerais; 4.2 Razões para agir colaborativamente e oportunisticamente: 4.2.1 Ativos especializados; 4.2.2 Contratos de longa duração; 4.3 A igualdade entre as partes e a incompletude dos contratos de colaboração. 5. Fatores econômicos de tensão nos contratos mercantis: 5.1 Peculiaridade dos contratos mercantis; 5.2 Instituições e custo de transação. 6. Influência da especialização de ativos nos contratos mercantis de colaboração. 7. Inadequação da “disregard doctrine” nos contratos mercantis de colaboração. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Delimitação do tema

Este estudo tem por objeto demonstrar a inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*, *superamento della personalità*, *desestimación de la personalidad jurídica* ou *Durchgriff*) aos contratos mercantis de colaboração. Por meio da análise econômica, aplicada às características peculiares dessa espécie de negócio jurídico, buscar-se-á fundamentar as conclusões de que: (i) os contratos mercantis de colaboração regem-se por lógica própria, ligada a parâmetros fornecidos pelo mercado; (ii) há no sistema jurídico brasileiro alternativas ao uso da desconsideração da personalidade jurídica mais consentâneas com o sistema da *civil law* e com o funcionamento dos contratos mercantis de colaboração, o que torna a desconsideração incompatível com o regime peculiar dessa espécie contratual, por causar-lhes insegurança e produzir externalidades negativas; e (iii) a *disregard doctrine* já começa a ser abandonada na própria *common law*, berço do ins-

tituto, justamente em virtude de seus efeitos colaterais e de algumas contradições intrínsecas, como a não diferenciação entre credores voluntários e involuntários.

Ao longo desta análise, será também mencionada a jurisprudência afeta ao tema, como forma de exemplificar o raciocínio com questões práticas.

2. Desconsideração da personalidade jurídica: breve notícia histórica

As primeiras “pessoas jurídicas” (*universitas*) foram idealizadas no direito pós-clássico (*Justinianeu*), com as corporações e as associações, que não se extinguíam com a morte dos associados, desde que fossem substituídos. Os interesses de tais entes ultrapassam os limites da vida individual, perpetuando determinados valores e tradições. Nesta fase, teve início a teorização concernente à pessoa jurídica como um ente abstrato, sujeito de relações jurídicas, com responsabilidade distinta da de seus membros. Como consequência, hou-

ve a desvinculação dos débitos ou créditos da pessoa jurídica em relação aos particulares que a compunham (separação de patrimônios).

O Direito germânico reconhecia as associações, contudo, não as distinguia de seus membros. Assim, a contribuição germânica se deu na chamada Teoria da Ficção, através da introdução de alguns elementos, como o direito dos membros utilizarem os bens comuns, o direito à cota no caso de dissolução ou lícita retirada e da responsabilidade pelas obrigações da *universitas*.

Os glosadores foram os primeiros que deram substância à sistematização da formação da personalidade abstrata, distinta daquela de seus componentes, colocando em evidência o conceito de instituição que estava latente no Direito canônico.

Observam-se a seguir vários momentos evolutivos na formação da teoria relacionada aos atos praticados pelas pessoas jurídicas. Todavia, não é objeto deste texto discorrer sobre tais teorias, visto que esta tarefa já foi desenvolvida, com brilhantismo, por textos clássicos.¹

Nas linhas seguintes, abordam-se apenas os antecedentes jurisprudenciais do instituto, reservando-se tópico específico para sua conceituação teórica.

Com efeito, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma criação pretoriana, posteriormente debatida e aprimorada pela doutrina. Costuma-se citar como antecedente remoto o caso *Bank of United States vs. Deveaux*,² de 1809. Trata-

1. Nesse sentido: José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español*, 8ª ed., p. 271 e Marquis De Vareilles-Sommieres, *Les Personnes Morales*, pp. 26-27. Em doutrina nacional, obra de consulta obrigatória é o estudo de José Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*.

2. Sobre o tema, consulte-se: Simone Lahorgue Nunes e Pedro Henrique Torres Bianqui, "A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio", in Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França (coord.), *Direito Societário Contemporâneo I*, pp. 300-303.

-se de lide relacionada à definição de competência das Cortes Federais norte-americanas em questões envolvendo cidadãos domiciliados em diferentes Estados-membros. Na Europa, o *leading case* sobre o tema data de 1920, quando o Tribunal Supremo alemão decidiu responsabilizar o sócio de uma sociedade unipessoal por obrigações contraídas em nome desta.³

Todavia, o julgado que ganhou maior notoriedade tornando-se sinônimo da teoria da desconsideração foi *Salomon vs. Salomon & Co.*, ocorrido na Inglaterra, em 1897.⁴ Desde então, a *disregard doctrine*, como é conhecida na *common law*,⁵ se expandiu para os mais diversos países. No Brasil, o primeiro acórdão sobre o tema de que se tem notícia foi proferido pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 1955.⁶ Trata-se de decisão corajosa e pioneira, uma vez que na época a doutrina pátria ainda não havia abordado o tema, o que somente viria a ocorrer cerca de quinze anos depois, com o estudo pioneiro de Rubens Requião.⁷ Porém, antes de discorrer sobre este estudo, é preciso mencionar, em ordem cronológica, as principais correntes teóricas sobre a teoria da desconsideração. A isto se dedica o tópico seguinte.

3. Desconsideração da personalidade jurídica: principais teorias

No plano doutrinário, a obra de Wormser,⁸ de 1927, é reconhecida como uma

3. Antônio Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*, p. 620.

4. Para um melhor detalhamento das circunstâncias fáticas desse caso, recomenda-se consultar: Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, pp. 90-91.

5. Para uma referência histórica acerca dos sistemas jurídicos da *civil law* e *common law*, recomenda-se a consulta à seguinte obra clássica: Rene David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed.

6. TACSP, 2ª C., Rel. Juiz Edgard Bittencourt, Ap. 9.247, j. 11.4.1955.

7. Rubens Requião, "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", RT 410/12-24.

8. I. Maurice Wormser, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*.

das primeiras a tratar cientificamente da desconsideração da personalidade jurídica. Não obstante, a sistematização técnica do instituto veio anos depois com o clássico estudo de Rolf Serick⁹ e a contraposição de Müller-Freienfels.¹⁰ Digna de nota, ainda, a obra de Piero Verrucoli,¹¹ de 1964. Estes podem ser considerados os autores clássicos (*mainstream*) sobre o tema no Direito Comparado.

Como a descrição de tais teorias não é o objetivo central deste estudo, deixa-se, propositadamente, de apontar as características da desconsideração na visão de cada um desses autores (teoria unitária, não unitária, subjetiva, objetiva, etc.).

No plano interno, coube a Rubens Requião o pioneirismo no trato da matéria, em artigo de 1969, fortemente influenciado pelas ideias de Serick. Conforme destaca o jurista paranaense, trata-se de um instituto que visa a impedir que a personalidade jurídica seja utilizada para acobertar a prática de fraudes.¹²

Trata-se, portanto, de um instrumento para afastar a separação patrimonial antes prevista expressamente no art. 20 do Código Civil de 1916,¹³ e hoje mantida como um princípio. Perceba-se, ainda, que na formulação clássica da teoria a fraude era pressuposto para sua aplicação (desconsideração baseada no elemento subjetivo).¹⁴

9. Rolf Serick, *Forma e Realtà della Persona Giuridic*. Note-se que a primeira versão do texto, publicada em alemão, data de 1955.

10. Wolfram Müller-Freienfels, "Zur Lehre von sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht", *Archiv für civilistische Praxis (AcP)* 156.

11. Piero Verrucoli, *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*.

12. Rubens Requião, "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", *RT* 410/14.

13. CC/1916 (Lei n. 3.071, de 1^ª 1.1916): "Art.

20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros".

14. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3^a ed., vol. 2, p. 1.183. "(...) sem fraude não se desconsidera a perso-

Este entendimento começou a ser modificado a partir dos estudos de Fábio Konder Comparato, para quem a desconsideração possuiria também um componente objetivo, podendo decorrer de mera confusão patrimonial, sem que houvesse a intenção deliberada de utilizar a personalidade jurídica para a prática de fraudes.¹⁵

Por fim, Calixto Salomão Filho agrega um novo componente à análise do instituto. Referido autor afasta a concepção, por ele rotulada de liberal, que enxerga na personalidade jurídica uma regra e, consequentemente, considera a *disregard* uma exceção aplicável, exclusivamente, quando provados os pressupostos legais, como confusão patrimonial, fraude ou abuso de poder. Ao invés desta teoria, por ele rotulada de "liberal", o Professor Calixto defende que o fundamento da desconsideração da personalidade jurídica é *garantir a distribuição de riscos*, tal como desejada pelo legislador (o que o citado autor denomina de teoria intervencionista).¹⁶ Dada sua importância e repercussão prática sobre os contratos mercantis, maiores considerações sobre este entendimento serão feitas adiante, em tópico específico. Por ora, basta sublinhar alguns outros aspectos da desconsideração.

Primeiro o de que a técnica de eliminação progressiva, pugnada pela doutrina, revela que um ato objeto de desconsideração não é atingido em sua existência e validade. *Esta teoria atua unicamente no plano da eficácia do negócio jurídico*, como já salientara Rubens Requião em seu pioneiro estudo.

"O mais curioso é que a *disregard doctrine* não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsi-

nalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração".

15. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3^a ed., pp. 343-344.

16. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3^a ed., pp. 243-247.

rar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos.¹⁷

A passagem acima revela ainda outros dois atributos importantes da teoria em exame. Primeiro o de que sua aplicação recai sobre um *negócio jurídico específico, desde que relacionado à atividade empresarial*. Isso porque atos isolados, não inseridos na cadeia maior da atividade empresarial, demandam a aplicação de institutos diversos, como a fraude a credores, a teoria da aparência ou o negócio simulado, nunca, porém, a *disregard doctrine*.¹⁸ A segunda característica é consequência da primeira e significa que a desconsideração *não aniquila a personalidade jurídica, de maneira geral e abstrata, mas apenas a flexibiliza, assegurando o adimplemento de um crédito concreto, específico e delimitado. Determinada a desconsideração em favor de um*

17. Rubens Requião, "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", RT 410/14.

18. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 5ª ed., p. 479:

"Nota-se, portanto, que o elemento característico do método da desconsideração da personalidade jurídica está em buscar seu fundamento na atividade societária e não em um determinado ato. Assim, por exemplo, na confusão de esferas no abuso de forma ou no desvio de finalidade (todos termos consagrados na nova definição do art. 50 do Código Civil de 2002). Não se pode excluir, no entanto, que a lesividade da atividade caracterize-se através de um único ato de natureza societária. Nesse caso, será preciso que o ato exija participação da organização societária, servindo o próprio procedimento societário de aprovação do ato para deslocá-lo para o campo da desconsideração da personalidade jurídica.

"Apenas na ausência de participação da organização societária aplicar-se-iam os institutos civílicos em detrimento da teoria da desconsideração. Exemplo típico é a teoria da aparência. Ali, trata-se de ato (ou sequência de atos) atinente às relações externas da sociedade, em que não há participação da organização societária."

credor, tal decisão não se estende automaticamente aos demais. Cada caso é um caso.¹⁹

Importante destacar, ainda, que o *desconsiderado incorre em responsabilidade pessoal e direta pelo débito*, atuando como devedor originário e não como mero responsável (*Schuld e Haftung* do Direito alemão). Destarte, o sócio contra o qual é aplicada esta teoria *não tem direito de regresso* contra a sociedade (o que ocorreria caso ele fosse considerado como mero responsável).

Ponto que deveria ser pacífico, mas que vem se mostrando polêmico, diz respeito à (des)necessidade de prévio requerimento judicial da parte interessada para que possa ser aplicada esta teoria. Há quem sustente que o poder de cautela do Juízo lhe permite aplicar *ex officio* a desconsideração. Outros entendem que características peculiares de determinados ramos do Direito tornam desnecessária até mesmo a utilização de um processo judicial.²⁰

Apesar dos respeitáveis argumentos daqueles que defendem a desnecessidade de atuação do Judiciário no âmbito da matéria, o fato é que a desconsideração da personalidade jurídica, segundo doutrina majoritária, se insere na chamada cláusula de *reserva de jurisdição*. Ou seja, somente pode ser determinada por ordem²¹ de magistrado público. Importante lembrar, ain-

19. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., p. 238 ("A desconsideração também não implica qualquer alteração nas esferas envolvidas. Assim, de um lado, permanece intacta a personalidade jurídica, valendo a desconsideração apenas para aquele caso específico").

20. Luciano Chaves de Farias, "Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa: aplicação da teoria", *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor* 25/30-33.

21. Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, p. 166. "(...) é inconcebível a aplicação da teoria da desconsideração por livre iniciativa do juiz da causa, ou seja, sem requerimento das eventuais partes interessadas nessa modalidade de extensão dos efeitos da relação obrigacional primária (...)"

da, as múltiplas críticas que vem sendo levantadas contra algumas atuações de ofício dos magistrados, possivelmente comprometedoras da autonomia privada. Por exemplo, as mudanças no Código de Processo Civil que permitiram ao juiz declarar de ofício a prescrição foram sumariamente reprimidas pela doutrina.²² Assim, o melhor entendimento é o de que *a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser decretada em processo judicial* (ainda que com a cumulação de outros pedidos²³), *desde que previamente requerida pela parte interessada*.

Por fim, cumpre observar que *não existe uma teoria geral* sobre a desconsideração, aplicável de maneira uniforme nos mais diversos ramos do Direito. Ainda que se possa aludir ao art. 50 do Código Civil²⁴ como cláusula geral, a verdade é que há inúmeras aplicações segmentadas desse instituto, com base em pressupostos diversos. Um rápido passar de olhos no Direito positivo revela sua adoção, dentre outros, pelo microsistema do consumidor,²⁵

22. Humberto Theodoro Júnior, "Prescrição – Liberdade e dignidade da pessoa humana", *Revista Dialética de Direito Processual* 40/64-78. "Além de quebrar uma tradição milenar – pois desde Roma a prescrição sempre foi tratada como uma exceção de direito material cuja arguição é da livre disponibilidade do devedor –, a desastrosa inovação da lei processual institui medida formal inconciliável com o sistema do Código Civil, e de aplicação prática quase inviável, na maioria dos casos".

23. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., p. 238. "(...) a desconsideração é instrumento para a efetividade do processo executivo. Essa característica, aliada ao supracitado caráter substitutivo da desconsideração em relação à falência, tem uma consequência importantíssima. A desconsideração não precisa ser declarada ou obtida em processo autônomo".

24. Código Civil: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

25. Lei n. 8.078/1990, art. 28.

nos Direitos antitruste²⁶ e ambiental,²⁷ além da esfera trabalhista,²⁸ só para citar os principais exemplos.

O que se verifica de comum nesse ramo é o fato de que a superação da personalidade jurídica é utilizada como *forma especial de se tutelar determinados interesses*, atribuindo responsabilidade agravada a uma das partes da relação jurídica. Esse agravamento se justifica ou pela posição de inferioridade de uma delas, como nos embates consumidor/fornecedor e empregado/empregador, ou pela especial relevância social de certos bens, como no caso do meio ambiente e na tutela da concorrência.

Estes, em apertada síntese, os pontos básicos acerca da *disregard doctrine*, necessários ao desenvolvimento das considerações a seguir.

4. Contratos mercantis de colaboração

4.1 Noções gerais

Na visão de Jhering,²⁹ pode-se falar na existência basicamente de dois grandes grupos de contratos: (i) contratos de intercâmbio e (ii) contratos em que há solidariedade de interesses. Nos primeiros os interesses dos contratantes são diametralmente opostos, isto é, o vendedor sempre buscará vender o bem pelo maior preço e o

26. Lei n. 8.884/1994, art. 18.

27. Lei n. 9.695/1998, art. 4º.

28. CLT, art. 2º, § 2º.

29. Rudolf von Jhering, *A Evolução do Direito*, p. 288. No mesmo sentido a lição do Prof. Fábio Konder Comparato, "As cláusulas de não concorrência nos *shopping centers*", *RDM* 97/25. "Uma certa doutrina germânica elaborou o conceito de contrato de organização (*Organisationsvertrag*), a partir da reflexão sobre o fenômeno jurídico societário ou associativo. A característica própria de tais contratos consiste, justamente, no fato de que eles não têm por objeto, tão só, prestações determinadas, devidas por cada parte, mas também e sobretudo a criação de uma organização instrumental ao exercício de certa atividade. As prestações devidas pelas partes – a contribuição de capital e a colaboração pessoal – são os meios indispensáveis à criação e ao funcionamento da organização."

comprador visará a sua obtenção pelo menor (e.g., contrato de compra e venda). Nos segundos, as partes têm os mesmos interesses, já que perseguem o mesmo fim, isto é, a perda de um participante significa a diminuição de valor para os demais (e.g., contrato de sociedade). Pode-se afirmar que nos contratos de associação o egoísmo não impera do modo como o faz nos contratos de troca.

Este tópico se dedica ao estudo de uma espécie contratual situada num *ponto intermediário* entre os contratos de intercâmbio e aqueles em que há solidariedade de interesses. Tal espécie denomina-se *contratos de colaboração*.

De fato, na cadeia de circulação de mercadorias encontram-se, inicialmente, aqueles que se dedicam a extrair bens oriundos da natureza, como o agricultor, o minerador, o pescador, e por último o consumidor, que os utiliza *in natura* ou industrializados, para o atendimento das suas necessidades.

A aproximação entre o produtor e o consumidor é feita por meio do comércio, por aqueles que exercem a atividade comercial, ou seja, a empresa agrícola e de pesca, o comerciante atacadista e varejista, entre outros. Isto se perfaz por sucessivos contratos mercantis. Assim, tendem a surgir contratos de colaboração mercantil quando um empresário assume a obrigação de ampliar ou formar mercado consumidor de produtos industrializados ou comercializados por outro. Isso porque há situações em que não basta às partes a celebração de um contrato de intercâmbio, pois a realização de diversas operações apartadas e em série (ex. realização de um contrato de compra e venda para cada negócio fechado) não atenderia a seus interesses. De outro lado, não lhes seria conveniente a constituição de sociedade, pois perderiam autonomia patrimonial e não poderiam mais celebrar contratos com terceiros, separadamente, por sua conta e risco. Assim, *os contratos de colaboração surgem como um meio termo, derivados da necessidade*

*de se afastar inconvenientes que resultariam da celebração de extensa série de contratos de intercâmbio, sem recair na rigidez típica dos esquemas societários.*³⁰

Destarte os contratos de colaboração situam-se entre as extremidades contratos de intercâmbio e contratos associativos. *Quanto mais próximos estiverem da extremidade contrato de intercâmbio, mais elevado será o grau de independência das partes e menor a colaboração entre elas. Por outro lado, quanto mais próximos dos contratos associativos, como os de sociedade, mais atado será o laço entre os contratantes, aumentando seu vínculo e colaboração.*³¹

Neste contexto, vislumbram-se basicamente as seguintes formas de colaboração empresarial para o escoamento de produtos:

(i) *Intermediação*, em que um determinado empresário (colaborador) adquire de outro (fornecedor) produtos por este industrializados ou comercializados, dentro de determinadas condições especiais, para revender ao consumidor. Neste modelo, os empresários ocupam elos distintos na cadeia de circulação da mercadoria. Exemplos são os contratos de concessão mercantil e de distribuição-intermediação. Esta forma de colaboração possui as seguintes características principais: (a) o colaborador distribuidor obtém lucro pela atividade de comercialização das mercadorias adquiridas do fornecedor (distribuído), assim como o colaborador concessionário obtém lucro pela exploração da atividade econômica que lhe é concedida; e (b) não há remuneração paga pelo distribuído ou concedente ao distribuidor ou concessionário, em retribuição à atividade desenvolvida por eles.

(ii) *Aproximação*: não há nesta modalidade de colaboração empresarial contrato de compra e venda mercantil, uma vez que

30. Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 174.

31. Idem, p. 175.

o empresário colaborador procura empresários que tenham interesse em adquirir a mercadoria industrializada ou comercializada pelo fornecedor. A contratação de compra e venda é efetuada diretamente entre o empresário que foi identificado pelo colaborador e o fornecedor. Nesta forma de colaboração somente este (mandante, representado ou comitente) participa da circulação do produto. Exemplos são os contratos de mandato, comissão mercantil, representação comercial autônoma, agência e distribuição-aproximação. Esta forma colaborativa possui as seguintes características principais: (a) o colaborador tem o direito de receber do fornecedor determinada soma ajustada entre eles, quando o fornecedor vende o seu produto ao comprador cujo negócio foi captado ou motivado pelo colaborador; (b) na maioria das vezes o valor que o colaborador tem direito a receber do fornecedor é proporcional ao preço dos produtos vendidos, ao que se denomina comissão. Desta forma, o comprador paga o preço da mercadoria adquirida diretamente ao fornecedor, sendo que este repassa uma parcela desse preço (comissão) ao colaborador.

Em ambos os modelos acima mencionados, percebe-se como característica dos contratos mercantis de colaboração a sua tendência de prolongamento no tempo, ou seja, as relações jurídicas deles decorrentes não se destinem ao esaurimento imediato ou a curto prazo, como geralmente ocorre nos contratos de intercâmbio. Logo, o usual é que os contratos de colaboração sejam celebrados por prazo indeterminado. Caso seja conferido prazo mínimo de duração, este deve ser suficiente para que o distribuidor possa obter o retorno esperado de seus investimentos.

Os contratos de colaboração ainda são conhecidos como consensuais, levando-se em conta que passam a surtir efeitos jurídicos a partir do consentimento manifestado pelas partes. Assim, desde o início, as partes têm conhecimento das vantagens e desvantagens que o pacto lhes trará. Por

esta razão, as prestações contratuais são sempre recíprocas, independentemente de qualquer eventualidade.

Em síntese, é possível dizer que os contratos de colaboração são de natureza consensual, bilateral, onerosa, comutativa, informal, de trato sucessivo e de cooperação.

4.2 Razões para agir colaborativamente ou oportunisticamente

A ciência econômica esclarece que em certas situações as partes tendem a adotar comportamento colaborativo e em outras acabam por fazer prevalecer um comportamento oportunista. Nesse contexto, surge a indagação: em quais circunstâncias é possível fazer com que os agentes, por livre e espontânea vontade, cooperem uns com os outros?

4.2.1 Ativos especializados

Em alguns contratos há um elevado grau de dependência entre as partes. Neles, via de regra, o negócio demanda investimentos específicos, denominados pelos economistas de investimentos idiossincráticos.³² Nesse tipo de relação um fornecedor pode adaptar ou criar uma linha de produção especial, voltada ao atendimento exclusivo de seu parceiro comercial, de-

32. Williamson propõe o conceito de investimento idiossincrático (ou ativo específico) para explicar a emergência da organização industrial no mundo, caracterizada pelas incertezas: "The crucial investment distinction is this: To what degree are transaction-specific (non-marketable) expenses incurred. Items that are un-specialized among users pose few hazards, since buyers in these circumstances can easily turn to alternative sources, and suppliers can sell output intended for one order to other buyers without difficulty. Non-marketability problems arise when the specific identity of the parties has important cost-bearing consequences. Transactions of this kind will be referred to as idiosyncratic" (Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*).

corrente de necessidade específica manifestada por este. Em situações assim, a parte que realizou os investimentos para o atendimento das necessidades do parceiro comercial tem sua dependência aumentada em relação a este, porque com o desfazimento do negócio há grandes chances de que sofra prejuízos expressivos. A sujeição de uma parte à outra será ainda mais intensa caso os investimentos não possam ser recuperados após o término da relação, caracterizando os chamados *sunk costs*³³ da literatura econômica.

Os *sunk costs* também podem significar comprometimento, o que assegura a seriedade das partes na contratação, sendo inibidas formas primárias de abandono do negócio. Nesta acepção, se por um lado os investimentos específicos e unilaterais frequentemente levam ao aumento da vulnerabilidade da parte, por outro, podem revelar a predisposição ao cumprimento do negócio, aprofundando a relação de confiança entre os contratantes, o que acaba por influenciar favoravelmente a expectativa do comportamento de uma parte em relação à outra. Assim, pode-se afirmar que *quanto maiores forem os investimentos e menores forem as possibilidades de posterior recuperação, mais receio possui a parte que os efetivou com relação ao término do contrato entabulado*.

No Direito brasileiro, a fim de proteger as partes, o Código Civil dispõe que a denúncia dos contratos de longa duração não produzirá efeitos antes de transcorrido prazo razoável à recuperação do que fora investido no negócio. Esta norma evita prejuízos decorrentes do término repentino

33. Gregory N. Mankiw, *Principles of Economics*, 5ª ed., p. 296 (“Sometimes, in your life you may have been told, ‘don’t cry over the spilt milk’, or ‘let bygones be bygones’. These adages hold a deep truth about rational decision making. Economists say that a cost is a sunk cost when it has already been committed and cannot be recovered. Because nothing can be done about sunk costs, you can ignore them when making decisions about various aspects of life, including business strategy”).

do contrato. Aqui valem as considerações da Professora Paula Forgioni,³⁴ que chama a atenção para o fato de que “ao contrário do que pretendem muitos, esse dispositivo não atua contra a lógica de mercado, mas incentiva o tráfico na medida em que coíbe a exploração oportunista da dependência gerada pelo negócio, reduzindo inclusive o risco moral (*moral hazard*)”.

Pode também ocorrer que as duas partes tenham realizado investimentos relevantes e, neste caso, o oportunismo imediato cede lugar à atitude colaborativa das partes, porque o insucesso de uma acarretará, provavelmente, o insucesso da outra e do negócio como um todo.

Sobre a influência da especialização de ativos nos contratos mercantis de colaboração vide ainda o tópico próprio, situado mais adiante neste estudo.

4.2.2 *Contratos de longa duração*

Nos contratos de longa duração, as partes têm ciência de que um comportamento oportunista pode levar à quebra da confiança entre elas, o que poderá acarretar em perdas futuras. Assim, o temor de que poderá ocorrer no futuro costuma afastar o comportamento oportunista dos agentes. Destarte, *o respeito à cooperação deriva do fato de que cada parte compara o ganho imediato do comportamento oportunista, com as prováveis perdas que poderiam advir de uma conduta desleal*.

Outro dado importante está relacionado à disponibilidade de informações, ao tamanho do grupo, ao número de vezes em que as partes contratarão e a sua imagem no mercado. A quantidade e a qualidade de informações disponíveis para cada parte, a respeito da outra, tendem a incentivar um comportamento colaborativo. Também é possível notar comportamento desse tipo quando os indivíduos tiverem que agir repetidamente, ou seja, quando souberem

34. Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 150.

que a relação não se limitará àquela existente no momento, havendo prováveis desdobramentos futuros. Isto é ainda mais frequente quando o grupo é composto por um número reduzido de agentes. Por fim, *em mercados nos quais a reputação constitui fator relevante, o comportamento colaborativo pode funcionar como estratégia para atrair ganhos futuros.*³⁵

4.3 A igualdade entre as partes e a incompletude dos contratos de colaboração

No decorrer deste tópico procurou-se demonstrar que os contratos de colaboração possuem características peculiares, que os diferem sensivelmente de outras espécies contratuais. Em sendo assim, tais contratos não podem ser disciplinados como meros contratos de intercâmbio nem, tampouco, receber tratamento equivalente ao reservado às associações (*lato sensu*).

Dada sua característica diferida no tempo, os contratos de colaboração costumam não prever disciplina de todos os problemas que poderão ser vivenciados pelas partes ao longo de sua execução. Isso porque no momento da celebração do pacto, é impossível antever todas as situações e deter todas as informações relativas não apenas à negociação, mas à contraparte e às conjecturas do mercado.³⁶

35. Exemplo é o mercado de diamantes, citado por Lisa Bernstein, onde a reputação do empresário é fator fundamental para o seu sucesso (Lisa Bernstein, "Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry", *The Journal of Legal Studies*, vol. 21, n. 1, pp. 115-157).

36. Há quem sustente, até mesmo, que não é interesse das partes prever o máximo de regras, mas apenas fixar as balizas comportamentais básicas que deverão guiá-las ao longo do tempo, reservando a solução de problemas futuros para a época em que se manifestarem. Seria a chamada incompletude proposital: Robert E. Scott, "A theory of self-enforcing indefinite agreements", *Columbia Law Review*, vol. 103, n. 7, pp. 1.641-1.642.

Nesse contexto, os contratos de colaboração, segundo Massimiliano Granieri,³⁷ sempre buscarão: "(i) a possibilidade de adaptação eficiente às novas necessidades e às circunstâncias futuras; (ii) restringir as chances de inadimplemento; as partes sabem que o processo de execução contratual costuma ser lento e penoso, além de normalmente não garantir compensação adequada aos prejuízos causados pelo descumprimento da avença; (iii) gerir da melhor forma possível o risco do oportunismo contratual, especialmente na presença de investimentos idiossincráticos; (iv) acordar mecanismos de gestão de eventos extraordinários que afetem a economia contratual".

Diversas são as soluções apontadas para a solução da incompletude. Uma primeira pode decorrer de acordo entre as partes, fundado no exercício da autonomia da vontade. Para tanto, nessas avenças, costumam ser inseridas cláusulas *hardship* e de renegociação.³⁸ Aquelas estabelecem que, diante de certos eventos que perturbam a ordem contratual, as partes possam requerer a sua modificação. Já as cláusulas de renegociação, por serem mais abrangentes, não possuem como pressuposto de incidência a modificação da equação econômico-financeira do contrato.

Outra possibilidade consiste na utilização dos *usos e costumes comerciais*

37. Massimiliano Granieri, *Il Tempo e il Contratto: Itinerario Storico Comparativo sui Contratti di Durata*, pp. 233-234.

38. Orlando Gomes, *Contratos*, 18ª ed., pp. 4-5. "Uma cláusula que permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual alguns querem reconduzir a referida cláusula (...). Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das partes, para manter... sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato".

como parâmetro para a solução de controvérsias.³⁹

Discute-se, ainda, se a solução da incompletude pode advir de terceiros convocados para completar as disposições do negócio, nos casos em que não haja prática mercantil sedimentada acerca do ponto discutido. Exemplos são a arbitragem e o recurso ao Poder Judiciário. Contudo, cumpre refletir, nas linhas seguintes, se obrigar as empresas a aceitarem os termos contratuais impostos por terceiros seria favorável ao bom desempenho do tráfico mercantil.

Neste ponto, é importante ressaltar outra característica dos contratos mercantis de colaboração: o fato de que neles, em regra, *presumem-se os contratantes em condições de igualdade, não havendo que se falar em hipossuficiência* (ou vulnerabilidade, como prefere a doutrina especializada), tal qual ocorre em outros ramos do Direito, notadamente o consumerista⁴⁰ e o Direito do Trabalho. Nos contratos mercantis de colaboração, *ambos os contratantes são empresários*,⁴¹ com conhecimento do mercado em que atuam e portadores, ao menos, das informações mínimas necessárias para se atuar naquele mercado.

39. Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 224. "(...) os usos e costumes, no direito comercial, não ocupam lugar apenas como fonte do direito (ou seja, como polo emanador de normas jurídicas vinculantes), mas também como pauta de interpretação dos contratos".

40. Para uma profunda análise acerca da relação jurídica consumerista, consulte-se Newton de Lucca, *Direito do Consumidor*, 2ª ed.

41. Note-se que há uma divergência na doutrina quanto à correta classificação das partes nos contratos mercantis. Há quem entenda que basta que uma delas seja empresária e a outra não seja consumidora, como entende Haroldo Verçosa, ao passo que Paula Forgioni restringe os contratos mercantis àqueles em que ambas as partes são empresárias, opinião que nos parece a mais correta. Sobre o assunto: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: o Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*, pp. 24-25; Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 30.

Assim, é de se supor que valham do *contrato como instrumento para repartir os riscos*⁴² do empreendimento, de forma consciente. Essa repartição de riscos voluntariamente convencionada repercute nas mais diversas obrigações contratuais, como preço, prazo, forma e condição de pagamento, qualidade do produto ou serviço, etc. Pode-se dizer até mesmo que todo o contrato é estruturado *a partir* dessa divisão, já que não existe empreendimento com risco zero.⁴³ Assim, a equação econômico-financeira desempenha papel de relevo nos contratos mercantis de colaboração, sendo o núcleo ao redor do qual gravitam as demais obrigações.⁴⁴ Logo se percebe, então, que ao interpretar o negócio jurídico é preciso ter em mente essa convenção, sob pena de o intérprete, a pretexto de tutelar uma das partes, no caso concreto, dar-lhe em verdade tratamento favorecido que não era sequer esperado por ela no momento da contratação. Isto porque a aposta feita pelo empresário durante a celebração do contrato pode se revelar equivocada e, nem por isso, deverá assegurar-lhe direito à reparação dos prejuízos sofridos. Tentativa e erro fazem parte do dia a dia dos agentes econômicos.

Ou seja, num cenário de concorrência regular, sem a prática de ilicitudes ou o uso de informações privilegiadas, cada empresário deve conviver com as consequências de suas escolhas, sejam elas lucrativas ou deficitárias. Não cabe ao intérprete redis-

42. Sobre o conceito de risco: Raquel Sztajn, "Regulação e o mercado de valores mobiliários", *RDM* 135/140.

43. Teresa Ancona Lopez, *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 31. "Almeja-se o risco zero, que não existe. Hoje, os maiores estudiosos da matéria mostram que o gerenciamento dos riscos é fundamental, mas que o risco zero é uma utopia, pois sempre haverá um risco residual, que ainda é risco, que deve ser suportado pela coletividade ou pelos indivíduos."

44. Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 136. "O contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos inerentes à atividade econômica."

tribuir os riscos convencionalmente contratados, a pretexto de tutelar uma das partes do negócio jurídico. Tal interferência repita-se, é reservada aos casos em que a legislação destaca proteção especial a uma das partes da relação jurídica, por considerá-la vulnerável. Nos contratos mercantis de colaboração, porém, tal vulnerabilidade, de regra, não existe. Do exposto, pode-se afirmar que havendo divergência quanto à interpretação desta espécie de negócio jurídico, devem as partes buscar a *autocomposição*, por serem elas as maiores conhecedoras da equação econômico-financeira do empreendimento. Não se chegando a um consenso, o passo seguinte é a instituição da *arbitragem*, pois se supõe que o árbitro, acostumado a disputas desse tipo, tenha melhor percepção acerca daquela equação econômico-financeira, de sorte a interpretar o contrato sem desnaturar a repartição de riscos convencionalmente entre as partes (cada um arca com suas escolhas). Apenas em último caso seria aconselhável o recurso ao Poder Judiciário, visto que o magistrado não necessariamente está familiarizado com aquele tipo de empreendimento e sua lógica própria, tendendo a interpretá-lo de acordo com o raciocínio vulnerável/não vulnerável, ao invés de se pautar pela equação econômico-financeira do contrato, as estratégias de cada empresário e a repartição de riscos entre eles convencionalmente.

Não se quer, porém, afastar a intervenção do Poder Judiciário.⁴⁵ Destaca-se, apenas, o fato de que nos contratos mercantis de colaboração, dados suas peculiares características, é *recomendável* que disputas dali oriundas sejam solucionadas por quem mais conhece a dinâmica do negócio e os riscos a ele inerentes. Pode-se resumir este aspecto da seguinte forma: *como os contratos mercantis de colaboração sustentam todo um arranjo de distribuição de riscos convencionalmente entre os contratantes, dis-*

putas oriundas desse tipo de negócio jurídico devem ser solucionadas, tanto quanto possível, pelos próprios interessados (autocomposição e respeito ao pacta sunt servanda) ou por arbitragem, sendo o recurso ao Poder Judiciário providência subsidiária, a ser adotada com bastante cautela.

5. Fatores econômicos de tensão nos contratos mercantis

5.1 Peculiaridade dos contratos mercantis

A expressão “contratos mercantis” vinha inculpada expressamente no Código Comercial de 1850, sob a rubrica “Dos Contratos e Obrigações Mercantis”, estabelecida em seu Título IV. Os textos doutrinários que trataram do tema estavam habituados apenas a discorrer sobre cada um dos tipos contratuais indicados nos arts. 140 a 286 do referido Código, sem dedicar substancial esforço à demonstração do tratamento diferenciado que deveria ser dispensado aos contratos mercantis como categoria autônoma do espectro designado usualmente por “contratos”.⁴⁶

Essa postura doutrinária tinha como fundamento não apenas o advento do Código Civil, mas também a edição de regras que ofuscavam a dicotomia de jurisdições e as diferenças existentes nas matérias civil e comercial. Na realidade, a grande questão girava em torno das dificuldades para se classificar os negócios entre civis e comerciais, uma vez que tais distinções, na época, foram paulatinamente desaparecendo.⁴⁷

Ocorre que esse cenário foi sofrendo paulatinas alterações, o que culminou, nas últimas décadas, com um resgate da teoria geral dos contratos empresariais, destacando suas peculiaridades em relação ao Direito Civil.

46. Nesse sentido: Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 37.

47. Nesse sentido: Waldírio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 4ª ed., p. 38.

45. O que, aliás, seria inconstitucional.

Com efeito, a obra clássica de Goldschmidt⁴⁸ já destacava, por volta do século XII, que o Direito Mercantil tornou-se sólido como ramo específico da ciência jurídica. Assim, todos os contratos que antes estavam sob o manto da disciplina civilista, berço do Direito romano, nesta fase começavam a desatar o laço até então existente, passando a assumir regras e jurisdição próprios. Nesses termos, precisamente pondera a Professora Paula Forgioni⁴⁹ que “o surgimento do direito comercial faz com que os negócios mercantis sejam divididos apartadamente dos demais. Tem-se um primeiro cisma, que faz nascer a clássica dicotomia do direito privado: direito civil e direito comercial”.

Para seguir a terminologia de Paula Forgioni, a esse primeiro cisma do Direito Comercial seguiram-se outros dois, os quais realçaram ainda mais a importância dos contratos mercantis como tema autônomo. São eles: (i) a disciplina das relações empregatícias pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; e (ii) a adoção de regime próprio e distinto para os contratos celebrados por consumidores. As linhas seguintes ilustram sucintamente esses eventos.

Inicialmente, as relações entre capital e trabalho no Brasil foram disciplinadas pelo Código Civil de 1916, como locação de serviços. A proteção trabalhista no país era incipiente e não havia o reconhecimento do contrato de trabalho. Notou-se, contudo, que a relação entre empresa e empregado deveria ser tratada de maneira especial, com regras e princípios próprios, diferentes do direito comum. *Surge, com isto, a CLT e a distinção dos contratos de trabalho em relação às demais espécies de contrato, inclusive em relação aos contratos mercantis.*⁵⁰

48. Levin Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, trad. para o italiano de Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja, p. 60.

49. Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 48.

50. Ob. cit., p. 53.

Nesse passo, *cumpra também destacar a distinção de tratamento que deve ser conferida aos contratos comerciais e aos contratos consumeristas*. Trata-se de ramos distintos, regidos por preceitos específicos e inconfundíveis. A diferenciação se faz necessária para evitar a indevida aplicação de regras de um ramo em outro, o que, além de não ser técnico, pode comprometer o fluxo regular das relações econômicas. O Direito do Consumidor aparece como um microsistema do Direito Civil, possuindo princípios que lhe são peculiares, dada a sua lógica própria que se assenta em fatores como a vulnerabilidade do consumidor, os conceitos de equivalência patrimonial e direito de não ser explorado,⁵¹ dentre outros.

Nos contratos comerciais nota-se o escopo de lucro por todas as partes envolvidas na contratação. Por outro lado, nos contratos de consumo, verifica-se que a busca pelo lucro (ao menos no sentido econômico do termo) recai sobre apenas uma delas, o fornecedor.

Assim, muito embora por um longo período encontraram-se dificuldades na separação daquilo que pertencia a cada ramo do Direito (civil – comercial – consumidor), *sempre houve a nítida certeza de que os contratos comerciais estão sujeitos a regramento diverso por conta de fatores como a busca constante pelo lucro, a celeridade e o dinamismo típicos do empresário*.

Tudo isso para dizer que os contratos comerciais possuem lógica própria e, por conseguinte, regras e preceitos autônomos, não se confundindo com aqueles aplicáveis ao Direito Civil, do Consumidor⁵² e/

51. Cf. lição de Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 4ª ed., p. 44.

52. TJRJ, 13ª C.Cível, Rel. Desembargador Sirley Abreu Biondi, Ap. 2009.001.05070, j. 8.4.2009. Segue trecho do voto do Relator: “Vale mencionar, mais como remate, que não se pretende negar a existência de alguma relação contratual entre as partes. Entretanto, não se trata aqui de direito

ou Trabalhista. Essa diferenciação será importante principalmente no tópico em que são analisadas as regras de aplicabilidade da *disregard doctrine* aos contratos comerciais, notadamente aos contratos de colaboração. Ainda que haja doutrina justificando a adoção dessa teoria em outras espécies de contrato (com o que não se concorda, aliás), o fato é que nos contratos mercantis de colaboração ela é absolutamente descabida.

5.2 Instituições e custo de transação

Na concepção institucionalista das firmas (empresas) e dos mercados, relacionada à teoria dos custos de transação, preconizada por Williamson,⁵³ a partir dos trabalhos pioneiros de Ronald Coase,⁵⁴ a busca de maior eficiência produtiva é verificada nos padrões de conduta dos agentes e na forma pela qual as atividades econômicas são organizadas e coordenadas. Em última análise, essa abordagem postula que os formatos organizacionais, também chamados de estruturais ou de governança, tendo como principais representantes a firma, o mercado e as redes empresariais, constituem resultado da busca da minimização

do consumidor, tampouco de contrato de adesão, não podendo haver proteção de uma das partes em relação à outra. Negócios como os entabulados, que envolvem grande soma de dinheiro, devem ser bem alinhavados, sob pena de acontecer o que de fato aconteceu: gerar prejuízos. Esse é o risco da atividade empresarial. A atividade empresária requer talento, intuição, trabalho, boa assessoria jurídica e contábil. Não raro vemos desaguar no Judiciário demandas geradas por conflitos que poderiam ter sido prevenidos, se houvesse adequada orientação profissional anterior⁵⁵.

53. Principalmente os seguintes textos de Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. "The logic of economic organization", *Oxford Journals*, vol. 4, n. 1, pp. 65-93, e "Transaction cost economics: the natural progression", *American Economic Review* 100/673-690.

54. Ronald H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*. Esta obra reúne vários estudos do autor, como o clássico "The Nature of the Firm", de 1937.

dos custos de transação por parte dos agentes econômicos.

*A empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultados dos custos de suas escolhas; o agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros.*⁵⁵ Isto é, apenas será pactuado um negócio com terceiros se a alternativa de produzir internamente certo bem ou serviço não for mais vantajosa e eficiente para a empresa. Ambos os caminhos envolvem custos, assim, cabe ao empresário ponderar qual deles será o mais lucrativo.

Os custos de transação podem ser classificados basicamente como: (i) *ex ante*, (ii) *ex post*, (iii) *coordination costs*, e (iv) *motivation costs*.

De forma bastante objetiva, os custos de transação *ex ante* e *ex post* são aqueles incorridos antes e após a celebração dos contratos. Os *coordination costs* são aqueles relacionados à coordenação, direção e balizamento dos negócios celebrados nos contratos. Logo, são custos decorrentes de negociações, definição das condições do negócio (e.g., preço, prazo, meio de pagamento, penalidades, formas de solução de conflitos e outros). Já os *motivation costs* são aqueles relacionados à assimetria e à falta de plenas informações, quando os agentes desconhecem todos os dados imprescindíveis sobre a outra parte e sobre o próprio negócio. Também pertencem a este segmento aqueles custos atrelados ao eventual prejuízo resultante do comportamento oportunista de um dos agentes.

Na prática empresarial, a confiança recíproca é um fator decisivo para a redução de custos de transação.⁵⁶

55. Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, pp. 60-64.

56. Idem, p. 95. "A disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a

6. *Influência da especialização de ativos nos contratos mercantis de colaboração*

Nos tópicos anteriores, buscou-se realçar a importância dos contratos mercantis, destacando como essa categoria carece de maiores estudos, uma vez que o trato do tema, segundo a esmagadora maioria da doutrina, ainda se prende às noções clássicas de Direito Civil, reservando pouco ou nenhum espaço para a análise dos traços peculiares desses negócios, juntamente aqueles que justificam seu regime próprio e os diferenciam da civilística tradicional. Por exemplo, a função econômica dos contratos mercantis consistente em reduzir custos de transação, o oportunismo⁵⁷ característico dos empresários, a assimetria de informações e a importância do *pacta sunt servanda* nessa espécie de negócio jurídico, de maneira a respeitar a distribuição de riscos convencionalizada entre os contratantes.

Em suma, buscou-se demonstrar nos tópicos anteriores que as regras de Direito Civil não se aplicam de maneira automática e perfeita a tais contratos, sendo necessário adaptá-las, principalmente no que toca aos contratos mercantis de colaboração, dada sua natureza continuativa e a orientação segundo princípios próprios.

Neste tópico, buscar-se-á demonstrar que atividades empresariais envolvendo ativos altamente especializados normalmente são negociadas através de contratos mercantis de colaboração, implicando fornecimento continuado de bens ou serviços, ao invés de simples contratos de *spot*.⁵⁸

legítima expectativa; quanto maior for o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas.⁵⁷

57. Oportunismo no sentido econômico da expressão, e não em seu sentido coloquial e pejorativo.

58. Contrato de *spot* é a terminologia que os economistas utilizam para se referir aos contratos de intercâmbio (ou contratos de escambo, como pre-

Segundo a nova economia institucional, *ativos especializados* são os elementos utilizados em determinada atividade empresarial que revelam pouca ou nenhuma utilidade⁵⁹ se explorados em outro ramo de negócios ou se utilizados por outro empresário. Assim, ativos especializados seriam aqueles que teriam estreita e inafastável relação com determinado empresário ou determinada espécie de atividade empresarial, na qual possibilitariam *grau máximo de eficiência*, não obtido se deslocados para outro ramo qualquer. Exemplo típico são os trilhos ferroviários. Ainda que se possa vender separadamente o metal e a madeira de que se compõem esses trilhos, é fato que a utilidade desses materiais isoladamente considerados é muito inferior à que se obtêm quando destinados, em conjunto, à atividade ferroviária. Há diversos outros exemplos, como as aeronaves, as antenas de transmissão de sinais de telefonia celular, etc. Em todos esses casos, o traço comum reside no fato de que um ativo especializado possui *menor âmbito de comercialização* do que bens passíveis de serem aproveitados nos mais diversos negócios. Além disso, administrar um ativo especializado demanda *maiores custos e maior domínio técnico* do que o necessário para lidar com *commodities* tradicionais.

Por essas razões, *costuma ser restrito o número de empresários que domina determinado ativo especializado*, ao contrário do que ocorre com as *commodities* comuns, facilmente obtidas no mercado. Consequentemente, o empresário que lida com ativos altamente especializados se vê

ferem alguns). Contrato de intercâmbio, por sua vez, é aquele no qual as partes possuem interesses contrapostos, normalmente de execução instantânea, cujo exemplo clássico é a compra e venda. A propósito, consulte-se Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, pp. 155-156.

59. Fábio Nusdeo, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, 6ª ed., p. 31. "(...) utilidade vem a ser a capacidade de qualquer bem de suprir ou atender a uma necessidade, satisfazendo-a, no todo ou em parte."

impelido a adotar uma das seguintes posturas: (i) produzir ou adquirir ele mesmo o ativo, dominando toda a técnica necessária para administrá-lo; ou (ii) celebrar contratos de fornecimento, que permitem receber o bem de um terceiro, acompanhado de assistência técnica para sua utilização. O primeiro caso configura o sistema de produção hierarquizada (*hierarchy* na linguagem dos economistas), em que o empresário opta por concentrar em si todas as etapas de produção. A vantagem é conferir maior *flexibilidade* e *celeridade* a suas escolhas, visto que alterações no ativo especializado podem ser feitas unilateralmente e de forma menos burocrática. Porém, o *custo* de administração tende a ser mais alto. Assim ocorre com as empresas de transporte aéreo que gerenciam suas aeronaves, inclusive mantendo centros de manutenção próprios. Por outro lado, a opção por não interiorizar o ativo especializado leva à celebração de contratos de colaboração com o empresário que detém a respectiva tecnologia. Neste caso, há igualmente vantagens e desvantagens. A vantagem seria o *menor custo*, pois não seria necessário investir para desenvolver tecnologia própria, bastando contratá-la de quem a detém. Por outro lado, *perde-se em termos de autonomia e celeridade* na tomada de decisões, já que mudanças na rotina produtiva devem ser negociadas entre as partes, não mais dependendo da opção exclusiva de uma delas (como ocorre no sistema da *hierarchy*). Exemplo são as empresas que utilizam como parte central de seu negócio um *software* desenvolvido e comercializado por outro empresário. Neste contexto, qualquer alteração no programa dependerá de negociação entre as partes, nos termos do contrato firmado entre elas.

Nos contratos mercantis de colaboração, como já destacado, *tende a ser acentuada a interdependência entre os contratantes*, pois o destinatário do ativo, se insatisfeito, encontraria dificuldades em obter bem semelhante no mercado, ao passo que o fornecedor também contaria com um nú-

mero limitado de interessados em seu produto, dado que útil apenas para quem atua num determinado segmento. Diferentemente, no caso de ativos padronizados, havendo divergência contratual, pode a parte insatisfeita denunciar o contrato e buscar com rapidez bem semelhante no mercado, com outro fornecedor, sem incorrer em grandes custos ou prejuízos a sua atividade. Exemplo desta última hipótese seria o contrato para fornecimento de material de escritório, ou de veículos populares, ambos altamente padronizados e facilmente obtidos no mercado.

Por outro lado, imagine-se uma indústria de peças para veículos automotores que se especializou em produzir peças para um modelo específico de veículo, de determinada marca. Caso a montadora decida por não mais comercializar aquele modelo, a fabricante da peça seria imediatamente atingida, pois não teria a quem vender seu produto, visto que feito sob medida para aquele modelo, não sendo aproveitável por outras empresas. Inversamente, caso fosse a fabricante da peça que deixasse de comercializá-la, a montadora veria sua linha de produção imediatamente paralisada, caso se tratasse de componente essencial do veículo e a antiga fabricante fosse a única detentora da tecnologia necessária para fabricá-lo. Neste exemplo, percebe-se como a especialização de ativos leva a uma maior interdependência entre os contratantes, tornando a extinção do contrato medida de *ultima ratio*.

Dito isto, pode-se resumir as ideias deste tópico da seguinte forma: *quanto mais especializado o ativo, maior a probabilidade de que o interessado em se utilizar dele opte por celebrar contratos mercantis de colaboração, com execução continuada e maior interdependência entre as partes, ao invés de celebrar contratos de spot*.

Dito isto, passa-se ao aspecto central deste estudo, consistente em demonstrar como a teoria da desconsideração da per-

sonalidade jurídica é incompatível com a lógica própria dos contratos mercantis de colaboração.

7. Inadequação da “disregard doctrine” nos contratos mercantis de colaboração

Tudo que foi dito anteriormente no texto serve de embasamento para as ideias a serem desenvolvidas neste tópico, a fim de demonstrar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁶⁰ não se aplica aos contratos mercantis de colaboração, por ser absolutamente incompatível com a lógica característica dessa categoria contratual. E isto por uma série de razões.

Em primeiro lugar, já foi dito que nos contratos de longa duração obtêm-se maior eficiência em termos econômicos quando o risco do negócio é alocado na parte que possui maiores informações sobre ele. Tal alocação tende a coibir o oportunismo do(s) outro(s) contratante(s), fazendo com que utilize(m) as informações disponíveis em prol do bom funcionamento do negócio, pois, do contrário, os prejuízos recairão preponderantemente sobre si mesmo(s). Ou seja, *a característica precípua dos contratos de longa duração – dentre os quais se inserem os contratos mercantis colaborativos – é promover uma alocação de riscos que permita a convivência harmônica e duradoura das partes*, prevendo não apenas obrigações concretas e delimitadas, que se exauzem no tempo, mas verdadeiros *padrões de conduta empresarial*.⁶¹ Nestes contratos, desde que firmados num cenário de concorrência regular, sem a prática de ilicitudes ou o uso de informações privilegiadas, cada empresário deve conviver

com as consequências de suas escolhas, sejam elas lucrativas ou deficitárias. Dito de forma diversa *presume-se que os negociantes atuem em condições de igualdade*, todos conhecedores do mercado e portadores, ao menos, das informações mínimas necessárias para se atuar naquele segmento. Conseqüentemente, a interpretação desses contratos deve ater-se à equação econômico-financeira tal como desenhada pelas partes, *respeitando os riscos calculados e assumidos por cada uma delas*. Deve-se ter em mente que tentativa e erro fazem parte do dia a dia empresarial, de modo que a perda de uma das partes do acordo não necessariamente decorre de ilicitude praticada pela outra, *podendo ser fruto exclusivo de uma estratégia equivocada* (por exemplo, nos contratos em que se faz uma “aposta” quanto à valorização/desvalorização cambial).

Nesse contexto, *a desconsideração da personalidade jurídica atua como fator de extrema insegurança, comprometendo a alocação de riscos consciente e voluntariamente acordada entre empresários*. A pretexto de tutelar uma das partes do negócio, a referida teoria pode conferir-lhe garantia patrimonial muito superior à que era esperada no momento da contratação. Imagine-se o exemplo de um contrato mercantil firmado entre duas subsidiárias, integrantes de grupos econômicos diversos, no qual não há menção a garantias concedidas pelas “sociedades mães” de cada grupo. Se aplicada a desconsideração para imputar à controladora obrigações contraídas pela controlada, em virtude de subcapitalização, por exemplo, ter-se-á um agravamento do risco do negócio, a um só tempo, antiefficiente e ilícito. Antiefficiente porque estimula o oportunismo, já que o empresário havia calculado uma taxa de risco (e cobrado a mais por isto) baseada no fato de que a garantia do negócio se limitava ao patrimônio da subsidiária. Em seguida, quando lhe é conveniente, despreza essa convenção e investe contra o patrimônio da controladora. Ilícita porque pretende impor à controla-

60. Em outros ordenamentos jurídicos também denominada *disregard doctrine*, *superamento della personalità*, *desestimación de la personalidad jurídica* ou *Durchgriff*.

61. Acerca dos padrões de conduta empresarial, sob o ponto de vista ético, consultem-se as lições de Newton de Lucca, *Da Ética Geral à Ética Empresarial*.

dora uma suposta solidariedade que não decorre da lei nem do contrato.⁶²

Situação diversa existe quando uma das partes do acordo apresenta *vulnerabilidade*, como no Direito do Consumidor ou no Direito do Trabalho. Do ponto de vista econômico, os contratos celebrados em ambiente de vulnerabilidade tendem a apresentar menor grau de eficiência, uma vez que a parte que efetivamente gerencia o negócio (o fornecedor ou empregador, por exemplo), por dispor das informações cruciais sobre ele, vê-se estimulada a atuar com oportunismo, pois em caso de insucesso poderá transferir prejuízos ao outro contratante. Ou seja, os riscos do negócio tendem a ser alocados na parte vulnerável, ao contrário do que recomenda a análise econômica. Neste contexto – e apenas nele – poder-se-ia cogitar a aplicação da *disregard doctrine*.⁶³ Ocorre que *tal vulnerabilidade não se presume nos contratos mercantis*.⁶⁴ Nestes, ao contrário, todo o racio-

ínio parte do pressuposto de que se trata de empresários com presumido conhecimento do mercado em que atuam, capazes de calcular o risco de suas estratégias e investir de forma consciente.

Uma segunda razão pela qual se nega a incidência do *superamento* nos contratos mercantis de colaboração diz respeito à distinção entre credores voluntários e involuntários. Os primeiros têm a possibilidade de analisar e negociar os riscos do empreendimento, podendo cercar-se de garantias reais e fidejussórias. Diversamente, as vítimas de ato ilícito encontram-se desprovidas de garantia e, em regra, sequer mantinham relação jurídica prévia com o causador do dano. Tais vítimas não entabularam qualquer tipo de negociação, não adotaram uma estratégia empresarial. Neste contexto, é intuitivo que a *disregard doctrine* deva incidir com maior rigor para tutelar os credores vitimados por ato ilícito, sendo aplicada com parcimônia em relação aos credores voluntários. Mesmo porque os credores cumulativamente voluntários e *vulneráveis* (como os consumidores e empregados), já se beneficiam da chamada desconsideração atributiva, de sorte que a discussão aqui travada limita-se ao caso de credores contratuais em condições de igualdade. Para estes, não deveria incidir a desconsideração.

Na prática, porém, é o inverso que ocorre. Em extenso e interessante estudo empírico realizado a partir de julgados da *common law*, de 1985 a 1991 (totalizando aproximadamente 1.600 decisões), Robert Thompson concluiu que a teoria em exame incide exponencialmente mais a favor de credores voluntários do que de credores extracontratuais.⁶⁵ Ou seja, há uma incon-

62. Como é de conhecimento comum, a solidariedade não se presume, decorrendo exclusivamente da lei ou da vontade manifesta das partes, cf. art. 265 do Código Civil.

63. Calixto Salomão Filho, p. ex., defende a aplicação da *disregard doctrine* a relações jurídicas marcadas pela vulnerabilidade (a denominada desconsideração atributiva) (*O Novo Direito Societário*, 3ª ed., pp. 243-244).

64. Essa ausência de vulnerabilidade já foi constatada pelo TJSP, como fundamento para indeferir a inversão do ônus da prova, cf.: TJSP, 24ª C. Civil, Rel. Desembargador Romolo Russo, Ap. n. 991.01.004381-1, j. 8.11.2010. Segue trecho do voto do Relator: “Assim sendo, o *franchising* é um típico contrato de colaboração realizado entre empresários, no qual o franqueador concede ao franqueado o uso de sua marca, prestando-lhe assim diversas obrigações, as quais reflexamente lhe conferem significativo controle sob a atividade desenvolvida por este, em particular no que se refere a assistência técnica, instalação do estabelecimento, posicionamento no mercado, *marketing*, publicidade, entre outros. (...) Trata-se, portanto, de matéria que depende da análise da prova produzida no curso da fase instrutória do processo, cabendo primeiramente fixar que não há possibilidade para a inversão do *ônus probandi* com base no Código de Defesa do Consumidor, vez que inaplicável à espécie, consoante ver-se-á”.

65. Robert B. Piercing Thompson, “The corporate veil: an empirical study”, *Cornell Law Review* 76. “When the cases are broken down based upon whether they arose in a contract situation or a tort situation, the results show that courts pierce more often in the contract context than in tort context. This difference is statistically significant.”

gruência ao aplicar o remédio mais forte para a moléstia mais simples.

Uma breve visita ao *site* de nossos Tribunais confirma que as conclusões do referido autor, firmadas a partir da *common law*, aplicam-se perfeitamente à realidade brasileira. Com efeito, obter uma decisão judicial que aplique a desconsideração da personalidade jurídica baseada exclusivamente em ato ilícito, sem qualquer componente contratual, equivale a buscar agulha no palheiro. Por outro lado, são pródigos os exemplos de aplicação dessa mesma teoria em contextos contratuais. Para ilustrar, uma pesquisa realizada apenas no Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir do argumento “desconsideração da personalidade jurídica”, revelou 15.102 acórdãos em que o tema foi debatido.⁶⁶

Esse aspecto não passou despercebido da doutrina nacional, que assim se posiciona: “Um fato é certo: não se pode aplicar a teoria linearmente como se tivesse o mesmo alcance em relação a credores gerados por ato ilícito (em sentido extracontratual) e credores contratuais. (...) Seja como for, a utilização desenfreada da teoria pelos tribunais americanos (o que também sucede no Brasil) acabou desvirtuando, inteiramente, a sua essência e a ratio decidendi que tanto vincula o julgador no modelo do common law, sendo certo que uma das razões mais fortes que justificariam a sua aplicação (proteção às partes hipossuficientes em determinada relação jurídica não negocial) sequer está hoje claramente delineada pelos mesmos tribunais que a defendem. Não é à toa que a *disregard* é atualmente vista como uma verdadeira doença que causa insegurança, instabilidade e aumento dos riscos nas operações comerciais, trazendo no seu bojo efeitos nefastos

para o desenvolvimento dos mercados organizados”.⁶⁷

Percebe-se, como segunda razão para afastar a incidência da *disregard doctrine* a forma contraditória com que vem sendo utilizada, em prol de credores contratuais não vulneráveis quando, por uma equivalência entre meios e fins, deveria ser reservada apenas aos credores involuntários, àqueles que não puderam negociar os riscos do contrato ou, quando muito, aos credores contratuais vulneráveis, como empregados e consumidores.

Em terceiro lugar, tem-se na ordem jurídica brasileira instrumentos capazes de obter o mesmo resultado advindo da desconsideração, sem comprometimento da segurança jurídica e mais consentâneos com a sistemática da *civil law*. Devidamente aplicados, os institutos do abuso de direito, do negócio simulado, além da fraude à execução e fraude a credores podem solucionar a maior parte – senão a totalidade – dos problemas hoje submetidos ao método da desconsideração.

Quanto à utilização dos institutos da fraude contra credores e fraude à execução em lugar da *desestimación de la personalidad jurídica*, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo⁶⁸ sustenta que a desconsideração baseada em confusão patrimonial pode ser apurada objetivamente e sua consequência é ineficácia do negócio jurídico, não havendo, em regra, questionamento sobre a validade deste. Por isso pode ser arguida mediante simples petição, tal como ocorre na fraude à execução,⁶⁹ em que também se cuida de ineficácia. Por outro lado, a desconsideração baseada em fraude ou abuso da personalidade jurídica requer a verificação de elementos subjetivos, como

67. Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, pp. 120-121.

68. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, “A desconsideração da personalidade jurídica na falência”, *RDM* 134/228-232.

69. CPC, art. 593.

66. Consulta efetuada em 3.12.2010. O dado é apenas ilustrativo, uma vez que nem todos os acórdãos efetivamente aplicam a *disregard*, bem como porque em muitos deles está-se diante de contratos celebrados com vulneráveis, o que foge ao escopo do presente estudo.

a intenção de prejudicar os credores. Sua consequência é a anulabilidade do negócio, à semelhança da fraude contra credores.⁷⁰ O julgamento, em ambos os casos, se dará por meio de decisão interlocutória. Um reparo que se faz ao pensamento do citado autor é no sentido de que a doutrina processual mais recente tem se empenhado em *incluir o elemento subjetivo também na fraude à execução*, a fim de evitar situações injustas. De todo modo, vale a referência ao pensamento desse autor para ilustrar que os próprios comercialistas já buscam, em outros ramos do Direito, como no Civil e no Processual, *alternativas* à desconsideração.

Hoje se pode perceber, inclusive, uma tendência mundial à *reconsideração da personalidade jurídica*, surgida justamente nos Estados Unidos e no Reino Unido, berço da citada teoria. Stephen Bainbridge, por exemplo, escreveu um artigo de fôlego apontando as incongruências dessa teoria e sugerindo sua completa abolição do sistema jurídico.⁷¹ Ainda que não seja imune a críticas,⁷² tal tendência vem ganhando fôlego.

No Brasil, a utilização expressa do termo “reconsideração” da personalidade jurídica, no sentido aqui adotado, se deveu pioneiramente a Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, nos seguintes termos: “*Da desconsideração generalizada da personalidade jurídica, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve-se passar à sua ‘reconsideração’, com o fortalecimento da atividade empresarial*”.⁷³

70. CC, art. 171, II.

71. Stephen M. Bainbridge, “Abolishing LLC veil piercing”, *Law & Economics Research Paper Series*, vol. 2005, n. 1, pp. 77-106.

72. Há na literatura estrangeira textos criticando especificamente o posicionamento de Bainbridge. Veja-se, por todos: Geoffrey Christopher Rapp, “Preserving LLC veil piercing: a response to Bainbridge”, *The Journal of Corporation Law*.

73. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial: Teoria Geral das Sociedades. As Sociedades em Espécie do Código Civil*, p. 105.

Percebe-se, então, que estamos diante de um momento histórico de ajuste, semelhante ao movimento pendular, em que se reflete sobre a conveniência, utilidade e cientificidade de uma teoria antes adotada sem reservas, a fim de concluir que ela pode ser satisfatoriamente substituída por outros institutos jurídicos, com expressivos ganhos em termos de segurança jurídica.

Por essas razões, não faz sentido aplicar a desconsideração da personalidade jurídica aos contratos mercantis de colaboração. Curiosamente, ela começa a ser abolida justamente no ramo em que surgiu, ou seja, no Direito Comercial...

8. Conclusão

Conclui-se, tendo em vista as características peculiares dos contratos mercantis de colaboração, e a análise econômica sobre eles aplicada, que para essa categoria contratual *não se justifica a aplicação da disregard doctrine*, eis que não estão presentes os pressupostos para sua incidência, quer porque o Direito pátrio possui outros instrumentos mais consentâneos com a realidade nacional e mais eficazes na solução do problema decorrente de abuso da personalidade jurídica, da fraude ou da confusão patrimonial, quer porque não há nos autênticos contratos mercantis de colaboração a vulnerabilidade de um dos contratantes que lhe demande tutela diferenciada (inviabilidade da desconsideração atributiva).

Assim, em qualquer de suas vertentes, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto que deve ser abolido dos contratos mercantis de colaboração. Deve-se buscar, ao contrário, uma reconsideração da personalidade jurídica e um maior respeito às opções livres do empresário (as chamadas “jogadas empresariais”), com as consequências daí decorrentes em termos de ganho ou perda. Eventuais excessos devem ser dirimidos por institutos já constantes do Direito pátrio (e já tradicionais nos ordenamentos de *civil law*), como o abuso

de direito, o negócio simulado, a fraude à execução e a fraude a credores. É tempo de reconsiderar.

9. Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1966.
- ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale: Introduzione e Teoria dell'Impresa*. 3ª ed. Milão, Giuffrè, 1962.
- AYRES, Ian. "Valuing modern contract scholarship". *The Yale Law Journal*, vol. 112, n. 4, Yale, The Yale Law Journal, jan./2003, pp. 881-901.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo, Atlas, 2009.
- BAINBRIDGE, Stephen M. "Abolishing LLC veil piercing". *Law & Economics Research Paper Series*. Los Angeles, University of California Press, vol. 2005, n. 1, 2001, pp. 77-106.
- BAIRD, Douglas G., e RASMUSSEN, Robert K. "The end of bankruptcy". *Stanford Law Review* 55/751-788, 2002.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1969.
- BERNSTEIN, Lisa. "Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry". *The Journal of Legal Studies*, vol. 21, n. 1, jan./1992, pp. 115-157.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2009.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 1987.
- COASE, Ronald H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 1988.
- COELHO Fábio Ulhoa. "Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica". *Revista do Advogado* 36/38-44, São Paulo, Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, mar./1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. "As cláusulas de não concorrência nos shopping centers". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 97/23-28, São Paulo, Malheiros Editores, ano XXXIV, jan.-mar./1995.
- _____. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- _____. "O empresário". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 109/83-189, São Paulo, Malheiros Editores, ano XXXVI, jan.-mar./1998.
- _____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- _____, e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. Lisboa, Almedina, 2004.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica descomplicada". *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. 6, Belo Horizonte, Del Rey, 1999.
- CRASWELL, Richard. "In that case, what is the question? Economics and the demands of contract theory". *The Yale Law Journal*, vol. 112, n. 4, Yale, The Yale Law Journal, jan./2003, pp. 903-924.
- DAVID, Rene. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Martins Editora, 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed., vol. 2. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- FARIAS, Luciano Chaves de. "Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa: aplicação da teoria". *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor* 25/24-40, Porto Alegre, Magister, fev.-mar./2009.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Le Istituzioni della Globalizzazione: Diritto e Diritti nella Società Transnazionale*. Bolonha, Il Mulino, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1994.

- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. vol. 3. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- _____. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo, Ed. RT, 2009.
- FRANCO, Gustavo. "O Judiciário e a economia". Revista *Veja* 35, ano 37, 1ª.9.2004.
- GAGARIN, Michael. *Early Greek Law*. California, University of California Press, 1989.
- GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale del Diritto Commerciale*. Trad. para o italiano de Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Turim, UTET, 1913.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. "Esquizofrenia jurídica: el impacto del análisis económico del derecho en el Perú". *Themis* 44, Lima, Themis, 2002.
- GRANIERI, Massimiliano. *Il Tempo e il Contratto: Itinerário Storico Comparativo sui Contratti di Durata*. Milão, Giuffrè, 2007.
- GRASSI, Robson Antonio. "Williamson e 'formas híbridas': uma proposta de redefinição do debate". Revista *Economia e Sociedade* 20, Campinas, Instituto de Economia da UNICAMP, jan./2002.
- JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Salvador, Progresso, 1973.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- KANITZ, Stephen. "Procuero um avalista". Revista *Veja* 20, ano 37, 12.5.2004, p. 73.
- KOTOWITZ, Y. "Moral Hazard", in EATWELL, J., MURRAY, M., e NEWMAN, P. (coords.) *Allocation, Information and Markets*. Londres, W. W. Norton, 1987.
- KREPS, D. *A Course in Microeconomics Theory*. Princeton, Princeton University Press, 1990.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.
- LUCCA, Newton de, e SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. vol. 2. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- _____. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- _____. *Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- MACAULAY, Stewart. "Non-contractual relations in business: a preliminary study". *American Sociological Review* 28/55-67, 1963.
- MANKIW, Gregory N. *Principles of Economics*. 5ª ed. Nova York, Lightning Source Inc., 2009.
- MILGROM, Paul, e ROBERTS, John. *Economics, Organization and Management*. Nova Jersey, Prentice Hall, 1992.
- MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram. "Zur Lehre von sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht". *Archiv für civilistische Praxis (AcP)* 156, Tübingen, 1957.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- NUNES, Simone Lahorgue, e BIANQUI, Pedro Henrique Torres. "A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio", in FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 6ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2010.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- PARENTONI, Leonardo Netto, e GALIZZI, Gustavo Oliva. "É o fim da falência?", in CASTRO, Moema Augusta Soares de, e CARVALHO, William Eustáquio de (coords.). *Direito Falimentar Contemporâneo*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- POSNER, Eric A. "Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?". *The Yale Law Journal*. Yale, The Yale Law Journal, vol. 112, n. 4, jan./2003.

- RAPP, Geoffrey Christopher. "Preserving LLC veil piercing: a response to Bainbridge". *The Journal of Corporation Law*. Iowa, University of Iowa, 2006.
- REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". *RT* 410, São Paulo, Ed. RT, ano 58, dez./1969.
- RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Campinas, Red, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- SCOTT, Robert E. "A theory of self-enforcing indefinite agreements". *Columbia Law Review*, vol. 103, n. 7, nov./2003.
- SERICK, Rolf. *Forma e Realtà della Persona Giuridica*. Milão, Giuffrè, 1966.
- SIMON, Herbert Alexander. "Theories of decision making in economics and behavioral science". *American Economic Review*, Washington, vol. 49, National Academy Press, jun./1959.
- SZTAJN, Raquel. "Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 133/7-31, São Paulo, Malheiros Editores, ano XLIII, jan.-mar./2004.
- _____. "Regulação e o mercado de valores mobiliários". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 135/136-147, São Paulo, Malheiros Editores, ano XLIII, jul.-set./2004.
- _____. *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. São Paulo, Atlas, 2004, p. 75.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo". *Revista de Processo* 102/68-88, São Paulo, Ed. RT, ano 26, abr.-jun./2001.
- _____. "Prescrição – Liberdade e dignidade da pessoa humana". *Revista Dialética de Direito Processual* 40, São Paulo, Dialética, jul./2006.
- THOMPSON, Robert B. Piercing. "The corporate veil: an empirical study". *Cornell Law Review* 76, jul./1991.
- TOBEÑAS, José Castán. *Derecho Civil Español*. 8ª ed. Madri, Instituto Editorial Reus, 1952.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. "A desconsideração da personalidade jurídica na falência". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 134/222-233, São Paulo, Malheiros Editores, ano XLIII, abr.-jun./2004.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, Marquis De. *Les Personnes Morales*. Paris, LGDJ, 1919.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: o Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.
- _____. *Curso de Direito Comercial: Teoria Geral das Sociedades. As Sociedades em Espécie do Código Civil*. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milão, Giuffrè, 1964.
- VIEGAS, Juliana L. B. "Aspectos legais de contratação na área da propriedade industrial", in SANTOS, Manoel J. Pereira dos, e JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). *Contratos de Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias*. São Paulo, Saraiva, 2007.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Tese de Doutorado, Pós-Graduação em Direito Comercial. São Paulo, USP, 2004.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York, The Free Press, 1985, p. 76.
- _____. "The logic of economic organization". *Oxford Journals* vol. 4, n. 1, Oxford, Oxford University Press, primavera/1988.
- _____. "The new institutional economics: taking stock, looking ahead". *Journal of Economic Literature*, vol. 38, n. 3, American Economic Association, set./2000.
- _____. "Transaction cost economics: the natural progression". *American Economic Review* 100/673-690, jun./2000.
- WORMSER, I. Maurice. *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*. Nova York, Baker, Voorhis and Company, 1927.