

SUMÁRIO

PREFÁCIO: Um livro do diálogo – NATALINO IRTI	5
PREFAZIONE: Un libro del dialogo – NATALINO IRTI	7
INTRODUÇÃO: A REDESCOBERTA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E SUA DINÂMICA COMO UM PROCESSO	17
1. DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	23
1.1 Atividade empresarial e contratos. Mercado e teia contratual	23
1.2 Negócios empresariais, negócios jurídicos e contratos no direito e na economia	25
1.3 As partes dos contratos empresariais	27
1.4 Definição dos contratos empresariais. A exclusão dos contratos com consumidores	28
1.5 Contratos empresariais como categoria autônoma	32
1.6 O escopo de lucro presente em todos os seus polos como marca e guia dos contratos empresariais	38
1.7 Uma necessária digressão histórica: os cismas das categorias contratuais e a consolidação dos contratos empresariais	39
2. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	45
2.1 Por que classificar? Classificação tradicional dos contratos e a necessidade de novas categorias	45
2.2 Quanto ao grau de vinculação futura entre as partes: contratos instantâneos [“spot”], híbridos e societários	48
2.3 Quanto ao grau de positivação: contratos típicos, atípicos e socialmente típicos	50
2.3.1 A criação dos contratos socialmente típicos pela prática de mercado	52
2.3.2 Cláusulas socialmente típicas	53

2.4	Quanto à abrangência do objeto: contratos-quadro e contratos satélite ...	53
2.5	Quanto ao grau de ligação: contratos coligados e contratos independentes.....	57
2.6	Quanto ao grau de complexidade: contratos simples e contratos complexos	58
2.7	Quanto ao grau de completude do regramento: contratos completos e incompletos. Existem contratos completos?	60
2.8	Quanto ao interesse principal da parte no contrato: contratos de prestação e contratos de relação [ou contratos relacionais].....	62
2.9	Quanto ao tipo de negociação que lhes dá origem: contratos de adesão e contratos negociados.....	65
2.10	Quanto ao grau de poder econômico das partes: contratos paritários e contratos em que há situação de dependência econômica	66
2.10.1	Contratos aos quais a dependência econômica é inerente	68
2.10.2	Contratos em que o grau de dependência econômica aumenta durante sua execução.....	68
2.11	Quanto à ligação a contratos celebrados entre terceiros: contratos isolados e contratos em rede	69
3.	FORMAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	73
3.1	Introdução. Peculiaridades da formação dos contratos empresariais	73
3.2	A seleção do parceiro	73
3.3	A seleção dos advogados. Riscos empresariais e <i>hindsight effect</i>	75
3.4	O processo de negociação	76
3.5	Os documentos produzidos na fase de negociação	77
3.6	Responsabilidade pela ruptura das negociações	79
3.7	A redação dos instrumentos do contrato	80
3.8	O momento da vinculação	81
3.9	Operação econômica, negócio jurídico e contratos empresariais. A arquitetura jurídica do negócio.....	81
3.10	O nome dos contratos.....	83
3.11	Cláusulas contratuais	83
3.12	Disposições finais, cláusulas de estilo ou “boilerplate clauses”	84
3.13	Omissões e dubiedades propositais.....	86
3.14	O momento da assinatura. O início da vida do contrato	87

4. A VIDA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS – Regras jurídicas que vinculam as partes durante a execução do contrato e algumas de suas condicionantes comportamentais.....	89
4.1 As normas que regem a vida do contrato. As chamadas “fontes do Direito”	89
4.2 Quem, efetivamente, dá execução ao contrato, construindo sua vida? ..	91
4.3 As modificações do negócio jurídico ao longo do tempo. A nova regra em conflito com a anterior.....	92
4.4 Modificações informais de contratos formais. A tendência de não se alterar o instrumento firmado durante a vida do contrato	96
4.5 Ainda sobre as modificações informais dos contratos formais. O exagero na aplicação indiscriminada de institutos derivados da boa-fé objetiva [<i>supressio, surrectio, venire contra factum proprium e tu quoque</i>]	97
4.6 A superação do exacerbado positivismo que dominou a análise jurídica dos contratos no século XX e a importância do contexto contratual	98
4.7 O impacto de tendências comportamentais das partes sobre a vida dos contratos que celebram	99
4.8 Breves notas de economia comportamental.....	100
4.8.1 Excessivo otimismo	102
4.8.2 Excessiva autoconfiança/ <i>self-serving bias</i>	102
4.8.3 <i>Hindsight bias</i>	102
4.8.4 Falso consenso	103
4.8.5 Persistência na decisão.....	103
4.8.6 Reciprocidade.....	103
4.8.7 Aversão à iniquidade.....	103
4.8.8 Tendência de pertencer a grupos	104
4.8.9 <i>Endowment effect</i>	104
4.8.10 Senso de justiça.....	104
4.8.11 Ancoragem/excessivo foco	105
5. VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	107
5.1 A necessária busca dos traços comuns dos contratos mercantis.....	107
5.2 Escopo de lucro.....	108
5.3 <i>Pacta sunt servanda</i>	109
5.4 Limitações à autonomia privada	110
5.5 O norte do contrato: sua função econômica.....	115
5.6 Segurança e previsibilidade.....	117

5.7	Agentes econômicos “ativos e probos”	118
5.8	Boa-fé nos contratos empresariais.....	121
5.9	Confiança nos contratos empresariais	130
5.10	Usos e costumes.....	133
5.10.1	Globalização e usos e costumes	138
5.11	Custos de transação	141
5.12	Contratos e necessidades dos agentes econômicos.....	144
5.13	Contrato como instrumento de alocação de riscos.....	145
5.14	Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico]	147
5.15	Oportunismo e vinculação.....	150
5.16	Racionalidade limitada.....	150
5.17	Incompletude contratual.....	153
5.18	Desvio de pontos controvertidos	155
5.19	Ambiente institucional.....	156
5.20	Tutela do crédito	157
5.21	Egoísmo do agente econômico	159
5.22	Forma nos contratos empresariais	160
5.23	Contrato e informações.....	162
5.24	Informação e oportunismo [relação “principal/agente”]	165
5.25	Modificação do comportamento pós-contratual [<i>moral hazard</i>]	166
5.26	Aumento da dependência econômica pelo contrato.....	167
5.27	“Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”	169
5.28	Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica?	170
6.	OS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO ENTRE EMPRESAS.....	177
6.1	Os contratos empresariais: além dos contratos de intercâmbio e de sociedade	177
6.2	O primeiro polo: os contratos de intercâmbio	179
6.3	O segundo polo: as sociedades mercantis.....	180
6.3.1	A modelagem das sociedades conforme os interesses dos agentes econômicos.....	182
6.3.2	Sociedades mercantis e a construção da responsabilidade limitada	183
6.3.3	Sociedades mercantis e a construção do princípio majoritário....	185
6.4	Os contratos de colaboração não societários. A produção de novos contratos pela praxe	191

6.5	Principais características dos contratos de colaboração	193
6.6	A lógica própria aos contratos de colaboração: por que cooperar?	195
6.7	A visão dos economistas sobre os contratos de colaboração: as formas híbridas	197
6.8	A tomada de decisão nos contratos de colaboração.....	199
6.9	A incompletude inerente aos contratos de colaboração	201
6.10	Questões dogmáticas em aberto: inadimplemento nos contratos de colaboração e culpa recíproca.....	202
6.11	Segue: adimplemento suficiente	203
7.	INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – Mercado, causa e função econômica dos negócios. Racionalidade econômica x Racionalidade jurídica	205
7.1	A herança da escola exegética e o desprezo pela interpretação	205
7.2	As regras que formatam a atuação das empresas nos contratos. Regras endógenas e exógenas. Prática de mercado e interpretação dos contratos empresariais	208
7.3	Ainda sobre as peculiaridades da interpretação dos contratos empresariais. Princípios jurídicos próprios ao direito comercial e formatação do mercado.....	212
7.4	Causa e motivo: a necessidade de uma ótica de mercado. A importância da função econômica	213
7.5	Causa como vetor da interpretação contratual. Novamente a função econômica do negócio	218
7.6	A racionalidade jurídica do direito comercial e a interpretação dos contratos. Segurança e previsibilidade.....	222
7.7	Racionalidade econômica e racionalidade jurídica	224
7.8	A utilidade da racionalidade econômica para a racionalidade jurídica....	231
8.	REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – Diretrizes clássicas e normas do Código Civil	233
8.1	Interpretação da lei e interpretação dos contratos empresariais. A racionalidade das regras tradicionais de interpretação	233
8.2	O ponto de partida da interpretação dos contratos empresariais: seu instrumento. Instrumento e contrato	235
8.2.1	A importância do texto contratual. Muito além do fetiche da palavra	235
8.2.2	Texto e contexto. O significado das palavras e a prática dos contratantes	238
8.3	As regras clássicas de interpretação dos contratos empresariais inspiradas em Pothier	239

8.3.1	Intenção comum das partes	241
8.3.2	A revelação da intenção comum das partes e a importância do preâmbulo	241
8.3.3	Interpretação pela preservação do contrato e não por sua nulidade.....	242
8.3.4	Natureza do contrato como condicionante da interpretação.....	242
8.3.5	Usos e costumes e interpretação do contrato empresarial.....	243
8.3.6	Usos e costumes e integração do contrato empresarial	243
8.3.7	Coerência e harmonia das cláusulas contratuais	244
8.3.8	Interpretação contra o estipulante e a favor do devedor	244
8.3.9	As partes somente se vinculam àquilo que contrataram.....	244
8.3.10	Referência à universalidade de coisas inclui todos os seus componentes.....	245
8.3.11	Exemplos não excluem outros casos não referidos. O plural inclui o singular. O que está no fim da frase refere-se a toda ela....	245
8.4	Diretivas gerais dos contratos empresariais inspiradas no art. 131 do Código Comercial. Intenção comum das partes como norte interpretativo, comportamento concludente, boa-fé objetiva, força normativa dos usos e costumes e interpretação a favor do devedor.....	246
8.4.1	A importância do comportamento posterior das partes como pauta interpretativa.....	248
8.5	Regras de interpretação dos contratos comerciais explicitadas por Cairu. Padrão do comerciante ativo e probo, relevância do estilo mercantil e dos usos e costumes	249
8.5.1	“Quem percebe o cômodo, não deve recusar o incômodo”	251
8.5.2	“Não pode pretender lucro quem não concorreu para algum negócio com fundo, industrial, ordem, ou risco”	251
8.6	As regras de interpretação dos negócios empresariais no Código Civil...	251
8.6.1	Art. 113. Interpretação e boa-fé objetiva	253
8.6.2	Art. 112. Intenção das partes e vontade objetiva	256
8.6.3	Art. 423. Interpretação a favor do devedor.....	258
8.6.4	Art. 421. Função social do contrato.....	259
8.6.5	Art. 157. Lesão/tendência de proteção à parte mais fraca	260
8.7	As presunções na interpretação dos negócios entre empresas.....	263
9.	INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS – Lacunas e atuação dos julgadores	267
9.1	A integração dos contratos.....	267
9.2	A solução da incompletude contratual	268

9.2.1	Regras dispositivas [“Default rules”]	269
9.2.2	A solução da incompletude por novo acordo	270
9.2.3	A solução da incompletude pelos usos e costumes	270
9.2.4	A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro	271
9.2.5	A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes	274
9.3	Boa-fé e incompletude	277
BIBLIOGRAFIA		281
OUTRAS OBRAS DA AUTORA		301

INTRODUÇÃO: A REDESCOBERTA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E SUA DINÂMICA COMO UM PROCESSO

O correr dos olhos pela estrutura das obras que versam sobre contratos comerciais editadas no Brasil nas últimas décadas evidencia que poucas páginas deitam-se sobre sua *teoria geral*.¹ Normalmente, esta é identificada com a civilística, como se pouco houvesse de comum entre os negócios realizados pelos empresários, a não ser que [i] estavam previstos no Código Comercial ou [ii] tinham surgido da prática dos comerciantes.

Alguns traços não muito bem delineados são indicados como características próprias dos contratos mercantis [informalidade, cosmopolitismo etc.], sendo raro o esforço dogmático para a compreensão do *mecanismo de seu funcionamento comum*; tampouco, encontramos o desenvolvimento de conceitos aptos a explicá-los em sua lógica peculiar, dos quais os juristas pudessem lançar mão na interpretação e na sistematização desses negócios.

Nos últimos vinte anos, porém, quatro importantes fenômenos empurram a modificação desse quadro: [i] consolidação do direito do consumidor; [ii] desverticalização das empresas² e incremento da utilização dos contratos de colaboração interempresariais; [iii] desenvolvimento do pensamento microeconômico, que destrinça o processo empresarial de tomada de decisões e a formação dos preços; e [iv] privatizações.

-
1. Como exemplo, duas das mais difundidas obras brasileiras sobre contratos mercantis: *Contratos e obrigações comerciais*, de FRAN MARTINS, e *Contratos mercantis*, de WALDIRIO BULGARELLI. Podemos identificar duas partes na obra de FRAN MARTINS. A primeira, dedicada a aspectos gerais dos contratos [menos de um quinto da obra] e a segunda sobre tipos específicos, começando pela compra e venda. Na parte geral, é evidente debruçar-se o autor mais sobre o direito civil do que sobre o direito comercial. A definição de contrato mercantil prende-se àquela antiga, esboçada por CARVALHO DE MENDONÇA [77]. BULGARELLI segue a mesma estrada, dedicando a primeira parte de seu livro quase que integralmente a considerações coincidentes com o direito civil.
 2. Não nos ateremos, neste livro, à exata distinção terminológica entre sociedade [sujeito de direito] e empresa [objeto de direito]. Para sua precisão, v. WALDIRIO BULGARELLI, *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*.

Não faz muito tempo, os contratos com consumidores integravam o direito comercial. Embora alguns autores, como CAIRU, já intuissem as diferenças intrínsecas entre as “vendas de retalho ao povo” e os contratos entre mercadores, todos acabavam merecendo tratamento jurídico semelhante. A compreensão e expansão do direito do consumidor mostrara que existe classe diversa de contratos, em que apenas um dos polos é orientado pela lógica empresarial do lucro. Esse fato imprime diferenças profundas entre os ajustes com o público e aqueles entre comerciantes. Entretanto, como veremos com mais vagar no primeiro capítulo, o desenvolvimento dogmático brasileiro centrou-se apenas no estudo dos negócios consumeristas, permanecendo os contratos mercantis no limbo a que pareciam estar condenados. O “tomar-corpo dogmático” dos contratos com consumidores obrigou os comercialistas a repensarem os elementos que, ao fim e ao cabo, dariam sentido à sua disciplina, forçando-os à “[re]descoberta” dos contratos mercantis.

Em segundo lugar, assistimos ao incremento do volume de contratos celebrados entre empresas, especialmente aqueles que visam a estabelecer um liame estável entre elas. Em meados dos anos 90, FÁBIO KONDER COMPARATO observava que “com o desenvolvimento do fenômeno dito de terceirização, tem-se manifestado uma preferência marcante pela adoção do esquema reticular, em que a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária de capital, mas adota antes a forma de contratos estáveis”.³ Estamos percebendo que os grupos empresariais têm se “desverticalizado”, ou seja, as empresas não mais detêm o controle societário de fornecedores, com eles celebrando contratos moldados para protrair-se no tempo.

Por terceiro, estamos todos dando-nos conta de que o estudo do mercado e do comportamento dos agentes econômicos adquire importância nunca vista.⁴ Na busca de sua compreensão, os economistas, principalmente aqueles ligados à Nova Economia Institucional,⁵ construíram importante *instrumental de aná-*

3. Estado, empresa e função social, 40.

4. A esse respeito, v. PAULA A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*.

5. A expressão Nova Economia Institucional [NEI] teria sido inicialmente formulada por um de seus maiores expoentes, OLIVER WILLIAMSON, no ano de 1975. Entende-se que sua origem repousa no artigo “The nature of the firm”, de RONALD COASE, publicado em 1937 e esquecido por décadas. Para os economistas dessa corrente, a empresa [que chamam de “firma”] não se resume a mero ente transformador de produtos, mas em uma *forma de organização*. A NEI debruça-se e dá importância a institutos que são pouco estudados pela economia clássica, tais como instituições, contratos, formas de governança [ou seja, de organização econômica], direitos

lise do qual não podemos deixar de lançar mão. “Armados com este conjunto de conceitos, torna-se consideravelmente mais fácil analisar o funcionamento do mercado”⁶ e, portanto, das empresas e de sua atividade. Não é exagero afirmar que a utilização desse instrumental catalisa a construção de uma teoria geral moderna do direito comercial, auxiliando não apenas a construção, mas a compreensão de conceitos utilíssimos ao “adempimento dell’ufficio del giurista”.⁷ Como sempre advertiu CARNELUTTI, “[n]on v’è concetto giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridici alla sua base”.⁸ A tradição do direito mercantil sempre pregou a indispensabilidade da *observação* do comportamento dos agentes econômicos, da sua prática, para a construção da ciência do direito. “La conoscenza della vita del diritto commerciale è stata [...] in tutti i tempi una premessa sicura anche se silenziosa dei giuristi che ad esso dedicarono la loro vita”.⁹ *A compreensão da realidade é pressuposto do estudo comercialista*,¹⁰ por isso nossos clássicos nunca deixaram de empregar os ensinamentos dos economistas. É tempo de revitalizarmos essa aliança, como nos propomos a fazer no segundo ensaio deste livro.

O fenômeno da privatização também levou ao despertar dos contratos mercantis. Diante das restrições a investimentos estatais diretos na economia, a alienação do controle de sociedades cuja maioria das ações com direito a voto pertencia ao Poder Público tornou-se realidade pelo processo de privatização iniciado no final dos anos 80. A atividade de várias dessas pessoas jurídicas liga-se à *prestação de serviços públicos*, de forma que funções antes desenvolvidas pelo Estado passam às mãos do setor privado, sujeitando-se à lógica do

de propriedade e custos de transação. É importante notar que a Escola da “Nova Economia Institucional” não se identifica com a Escola de Chicago, sendo intenso o debate entre elas. Os principais expoentes da Nova Economia Institucional são RONALD COASE, WILLIAMSON e DOUGLASS NORTH, cujos trabalhos serão várias vezes referidos ao longo destes ensaios.

6. No original: “Armed with this set of concepts it becomes considerably easier to analyze the working of the market” [RICHARD SWEDBERG, *Markets as social structures*, 264].
7. Dicção de CARNELUTTI, ao explicar o escopo da teoria geral do direito.
8. *Teoria generale del diritto*, prefácio à segunda edição, vii.
9. LORENZO MOSSA, *Scienze e metodi del diritto commerciale*, 113.
10. É clássica a referência à observação de VIVANTE: “Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell’istituto che è l’oggetto dei loro studi. [...] È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà” [*Tratato di diritto commerciale*, v. 1, ix-x].

lucro. Grandes sociedades, antes de economia mista, inserem-se agora no ambiente de mercado. Ainda que essa submissão seja relativa, pois, mesmo com controle privado, lidam com serviços públicos ou de interesse geral, novo impulso é dado aos contratos mercantis, pois boa parte desses negócios passa a ser celebrada em regime interempresarial.

*_*_*

Posto nesse cenário, este livro pretende demonstrar a necessidade da elaboração de uma teoria geral dos negócios entre empresas, que lhes explique a essência e a existência. *A base da sistematização aqui empreendida parte do reconhecimento do contrato empresarial como um processo.*

Em 1964, CLÓVIS DO COUTO E SILVA propôs que a obrigação fosse vista *em sua totalidade*, como *processo*, isto é, sucessão de fases que visa à *satisfação dos interesses do credor*. Essa concepção pode e deve ser aplicada aos contratos empresariais, especialmente àqueles dotados de maior grau de complexidade, que carregam consigo uma miríade de disposições contratuais e obrigações, explícitas e implícitas, inter-relacionadas e interdependentes entre si e que assumem sentido quando vistas em sua globalidade e dinâmica. Gravitam, todas elas, em torno dos escopos almejados por ambas as partes, i.e., da *operação econômica* que encetaram.

Quanto mais nos afastarmos da visão estática que dominou a análise jurídica da empresa e dos contratos no século XX,¹¹ enxergamos os negócios

11. O fenômeno é sintetizado por MELVIN A. EISENBERG: “Another classic characteristic of classical contract law is that it was static rather than dynamic. Classical contract law focus almost exclusively on a single instant in time – the instant of contract formation – rather on dynamic processes such as the course of negotiation and the evolution of a contractual relationship [...]. Next, classical contract law was implicitly based on a paradigm of bargains made between strangers transacting in a perfect market. So, for example, classic contract law rejected principles of unfairness, which typically have their fullest application in transactions that occur either off-market or on very imperfect markets and have little application to contracts made between strangers on perfect markets”. [...] Finally, classical contract law was based on a rational-actor model of psychology, under which actors will make decisions in the face of uncertainty rationally maximize their subjective expected utility, with all future benefits and costs discounted to present value. Particular, the rules of classic contract law were implicitly based on the assumptions that actors are fully knowledgeable, know the law, and act rationally to further their economic self-interest. This model accounts in part for such rules as the duty to read, whose operational significance was that actor were conclusively assumed to have read and understood everything that they signed. It also accounts in part for the rule that bargains will not be reviewed

empresariais como *processos*, reconhecendo-os como *sucessão de estados que evoluem impulsionados pelo comportamento das partes, tendo em vista a consecução do seu objeto, ligado à operação econômica pretendida*.

Insista-se: o contrato é um processo. Um conjunto ordenado de etapas que se estendem no tempo, visando não à satisfação do interesse da parte, e sim ao atendimento do fim compartilhado pelas empresas. Dirige-se à concreção do escopo comum, sem negar os interesses individuais dos polos da contratação.

Em uma operação simples de compra e venda, a vida do contrato tende a se esgotar em um átimo. A obtenção de determinada prestação é o escopo de cada um dos partícipes. O vendedor quer receber o preço e o comprador, a mercadoria. “Do ut des”, “qui pro quo” ou “toma-lá-dá-cá”, em linguagem brasileira coloquial.

Ao mesmo tempo, há negócios em que a satisfação do interesse das partes não coincide com o término da relação ou com a obtenção da prestação devida, como um pote de ouro no final do arco-íris. Repousa, ao invés, sobre os ganhos que serão havidos durante o processo, muitos intangíveis, não contabilizáveis e até avessos à avaliação pecuniária. *Vantagens são colhidas pelas partes no desenrolar do contrato; uma delas é a própria existência da relação*.

O pensamento do jurista e a maioria dos institutos dogmáticos de que dispomos foram formados para raciocinar em termos de “do ut des”; o mais típico e comum dos atos de comércio sempre foi a compra e venda mercantil.

O problema é que essa lógica não se presta a explicar todos os contratos empresariais. Ao longo da vida do negócio, muitas das prestações e contraprestações não encontram contrapartidas facilmente identificáveis. Cumpre-se o acordado [i.e., uma miríade de obrigações explícitas e implícitas] porque se espera que a outra empresa também faça o que lhe cabe. Não há correspondência entre uma “prestação” e outra e, às vezes, é difícil identificar a própria prestação. *O contrato é um filme e não uma fotografia*.

Complica-se sobremaneira a aplicação de institutos como a “exceptio non adimpleti contractus” [exceção de contrato não cumprido] ou o reconhecimento do adimplemento da obrigação, na medida em que a própria obrigação/prestação perde seus contornos nítidos, quando imersa no ambiente contratual. O dimensionamento dos prejuízos decorrentes de falhas da outra parte implica grande esforço, quase sempre fadado ao insucesso.

for fairness: if actors always act rationally in their own self-interest, than, in the absence of fraud, duress, or the like, all bargains must be fair” [Why there is no law of relational contracts, 807-808].

A economia moderna exige que o foco do operador do Direito Comercial¹² repouse no *processo contratual* e não em prestações e contraprestações isoladas.

Insista-se: *O contrato é um processo, destinado a dar concreção à intenção comum das partes.*

12. No Brasil, alguns acreditam que as expressões *direito mercantil*, *direito comercial* e *direito empresarial* assumiriam significados diversos. O *direito mercantil* designaria a matéria em sua primeira fase, ligada à disciplina da atividade dos mercadores medievais; *direito comercial* estaria relacionado ao segundo período, em que os atos de comércio definem os limites da disciplina, e, por fim, *direito empresarial* seria o nome atualmente correto, porque a empresa é o centro do debate. Contudo, essa distinção é estéril, pois as três expressões são sinônimas. Em todas as fases de sua evolução, esse ramo especial do direito *sempre* disciplinou a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza, fossem eles chamados mercadores, comerciantes ou empresários. O traço diferenciador dessa área do direito, e que identifica seus protagonistas, *sempre* foi o marcado escopo de lucro. Discussões semelhantes quanto ao nome dado à matéria ocorrem na França [*droit des marchands*, *droit commercial* e, mais recentemente, *droit des affaires*], como explica JEAN HILAIRE [*Introduction historique au droit commercial*, 23]. Na Itália, a expressão “*diritto commerciale*” é tradicional [v. LEONE BOLAFFIO, *Il codice di commercio commentato*, 5], enquanto “*diritto imprenditoriale*” não é comum. Há também quem entenda que as expressões “*direito mercantil*” ou “*mercadores*” seriam demasiadamente antigas. Note-se, porém, que possuem a mesma raiz da palavra “mercado”, nada podendo haver de mais contemporâneo para designar aqueles que nele atuam. Anota SCANDIZZO que a palavra mercado nasce do particípio passado do verbo latino *mercari*, que significa comerciar [*Il mercato e l'impresa: le teorie e i fatti*, 8]. Neste trabalho, as expressões *direito mercantil*, *comercial* e *empresarial* vêm empregadas como sinônimas, assim como *contratos mercantis*, *comerciais* e *empresariais*. A utilização da expressão “*contratos comerciais*” vem, contudo, perdendo força no contexto internacional, dando-se preferência à expressão “*contratos empresariais*” [BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, xxiii]. Sobre a questão terminológica dos *contratos comerciais* ou *empresariais* na Itália, v. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, nota 1, 1.