

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E
CONSTITUIÇÃO**

**A INAPLICABILIDADE, EM REGRA, DOS INSTITUTOS DA
LESÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA AOS CONTRATOS
INTEREMPRESARIAIS**

Bertrand Wanderer

**Brasília
2013**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E
CONSTITUIÇÃO**

**A INAPLICABILIDADE, EM REGRA, DOS INSTITUTOS DA
LESÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA AOS CONTRATOS
INTEREMPRESARIAIS**

Bertrand Wanderer

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para à obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof^ª. Dr^ª. Ana de Oliveira Frazão

**Brasília
2013**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E
CONSTITUIÇÃO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APROVADA PELA SEGUINTE
BANCA EXAMINADORA:**

Prof.^a. Dr.^a. Ana de Oliveira Frazão – Presidente
Universidade de Brasília – Faculdade de Direito

Prof. Dr. Fábio Ulhôa Coelho – Membro
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima – Membro
Universidade de Brasília – Faculdade de Direito

Prof.^a. Dr.^a. Gabriela Neves Delgado – Suplente
Universidade de Brasília – Faculdade de Direito

Brasília, março de 2013

AGRADECIMENTOS

É com intensa emoção que me disponho a escrever algumas linhas de gratidão. Emoção, porque, ao pensar em quais pessoas elencar para expressar meu reconhecimento, me dou conta de que são inúmeras e pelos mais diversos motivos. E, assim, me dou conta do quanto tenho sido agraciado, encontrando, em meu caminho, anjos de amor, generosidade, disponibilidade, acolhimento, motivação, suporte, paciência, amizade, companheirismo e tantas outras virtudes.

Por isso, ocorre-me que meu primeiro agradecimento deve voltar-se a Deus, por me ter concedido a possibilidade desta experiência de vida e por me cercar de tantas pessoas maravilhosas, que usa como instrumentos para impulsionar minha jornada, criando oportunidades e condições para o meu crescimento.

Agradeço intensamente a meus pais, Vera e Guinter, por terem sido, desde sempre, meus sustentáculos mais importantes. Seu amor, sua entrega, sua confiança, seu respeito e seus esforços para me proporcionar o melhor que estava ao seu alcance, fizeram de mim a pessoa que sou hoje. Esta dissertação e todas as conquistas que já tive ou que virei a ter pertencem a vocês.

À minha irmã Aline, pelo incentivo e pelas conversas em tom de desabafo e apoio mútuo.

À minha esposa, Juliana, e à minha filha, Maria Luíza, que são minha vida e minha razão de viver, que com seu amor, compreensão, paciência e aceitação, contribuíram, definitivamente, para que mais essa conquista fosse alcançada.

À professora Ana de Oliveira Frazão, por sua orientação atenta, respeitosa e impulsionadora.

Aos diversos amigos que, ao longo destes dois últimos anos, contribuíram sobremaneira com incentivo, apoio moral e companheirismo para a conclusão deste trabalho e aos quais peço que me permitam agradecer de modo genérico, sem citar nomes, para não cometer qualquer deslize deixando de apontar qualquer deles. Saibam que devo a conclusão deste mestrado também a vocês.

RESUMO

O presente trabalho tem como pretensão desenvolver um breve debate acerca da possibilidade de aplicação dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos ditos interempresariais, isto é, celebrados entre empresários no exercício de sua atividade mercantil. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira que trata dos temas a que se propõe a discussão. A lógica que envolve o ambiente empresarial exige dos empresários determinados deveres de conduta, os quais não se compatibilizam com os efeitos negativos da lesão e da onerosidade excessiva e que, por sua vez, dá margem a revisão contratual ou, ainda, a sua rescisão. As atividades empresariais apresentam características que lhe são próprias, como, por exemplo, o objetivo de lucro, a função econômica, a necessidade de organização, o dever de diligência, a existência de elevados riscos a envolver as transações. Logo, é possível constatar que os negócios empresariais possuem particularidades que exigem o seu tratamento jurídico de modo diferenciado, sob pena de desvirtuamento completo do sistema empresarial e das regras a ele pertinentes. Ao que pese a proposta ora trazida não encontrar, ainda, uma ampla discussão no seio da doutrina mais particularizada, e muito menos ter sido levada aos debates especializados dos Tribunais Superiores, ao se analisar os ditames de direito empresarial, ou seja, sua autonomia, seus princípios, usos e costumes, bem como o conteúdo presente e pretérito já abordado sobre o assunto, no ordenamento jurídico pátrio ou estrangeiro, vislumbra-se um arcabouço argumentativo capaz de sustentar que os institutos da lesão e da onerosidade excessiva não se aplicam, em regra, aos contratos interempresariais.

Palavras-chave: contratos interempresariais, lesão, onerosidade excessiva, boa-fé objetiva, segurança e previsibilidade, risco, álea ordinária e extraordinária, dever de diligência, anulação, resolução e revisão contratual.

ABSTRACT

This work has the intention to develop a brief discussion about the possibility of applying the institutes of injury and excessive burden to agreements between businessmen in the exercise of its business activities. For this, it was used a literature that involves national and foreign themes that proposes the discussion. The logic surrounding the business environment requires entrepreneurs to conduct certain duties, which do not match with the negative effects of injury and excessive burden which, in turn, give rise to contractual revision or even its end. The business activities have characteristics of its own, such as the profit motive, the economic function, the need for organization, the duty of care, the existence of the high risks that involves transactions. Thus, it is clear that the business enterprise have particularities that require your differently legal treatment, otherwise it will promote a complete distortion on business system and to it relevant rules. In spite of the proposal now brought not find also a broad discussion within the doctrine more individualized, much less have been taken to skilled discussions at the Superior Courts, when it parses the dictates of corporate law, such as autonomy, its principles and customs as well as the content of present and past already touched on the subject, whether the national or international laws, it can be seen an argumentative framework able to support the fact that the institutes of injury and excessive burden does not apply generally to contracts between businessmen.

Key words: contracts between businessmen, injury, excessive burden, objective good faith, certainty and predictability, risk, alley ordinary and extraordinary, due of diligence, annulment, contract review and its resolution.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	5
ABSTRACT	6
SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	8
1 - O DIREITO EMPRESARIAL E OS CONTRATOS EMPRESARIAIS	13
1.1 - A autonomia do direito empresarial	13
1.2 - Empresa: núcleo central do direito empresarial	19
1.3 - Contratos empresariais: instrumento jurídico de constituição, organização e exercício da atividade empresarial	24
1.3.1 - Contextualização do instituto contratual	24
1.3.2 - Ambiente institucional	34
1.3.3 - Distinção entre contratos interempresariais e contratos civis.....	39
1.3.4 - Distinção entre contratos interempresariais e contratos consumeristas.....	44
2 – PECULIARIDADES DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	53
2.1 – Parâmetros de aplicação geral aos contratos.....	53
2.1.1 - Dignidade humana	58
2.1.2 - Função social do contrato.....	64
2.1.3 - Respeito aos usos e costumes.....	68
2.1.4 - Boa-fé nos contratos empresariais.....	71
2.2 – Regras e princípios próprios dos contratos interempresariais.....	79
2.2.1 - Função econômica.....	81
2.2.2 - Risco empresarial	84
2.2.3 - Custos de transação e Busca pelo lucro.....	86
2.2.4 - Segurança e previsibilidade.....	89
2.2.5 - Organização empresarial e profissionalismo.....	93
2.2.6 - Padrão de cuidado e dever de diligência	95
2.2.7 - Concorrência	99
3 – CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS	103
3.1 – A busca pelo equilíbrio econômico nos contratos celebrados	103
3.1.1 - Lesão	104
3.1.2 - Onerosidade excessiva	109
3.2 – Inaplicabilidade da lesão e da onerosidade excessiva como regra aos contratos interempresariais	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
REFERÊNCIAS	151

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a pretensão de discutir a possibilidade de aplicação dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos ditos interempresariais¹, isto é, celebrados entre empresários no exercício de sua atividade mercantil. Em outras palavras, busca-se debater a possibilidade da revisão, resolução ou anulação dos contratos interempresariais, conforme o caso, tendo em vista a ocorrência dos elementos ensejadores dos respectivos institutos.

Dentro dos limites do direito civil, compreendido este como ramo jurídico que regula as relações privadas dos cidadãos entre si, as regras apresentadas pelo ordenamento jurídico quando verificada uma quebra no equilíbrio contratual entre as partes são as da anulação, resolução² dos contratos celebrados ou, ainda, a sua eventual revisão. Veja-se que nos dois primeiros casos (anulação ou resolução), dadas às circunstâncias, não há possibilidade de se salvar a avença originariamente estabelecida. Por outro lado, no caso da

¹ A expressão “interempresariais” não encontra um entendimento unitário na doutrina. Há autores, como Waldírio Bulgarelli (*Contratos e títulos empresariais: as novas perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 28) e Paula Castello Miguel (*Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.), que fazem distinção entre contratos empresariais e interempresariais. Para essa parcela da doutrina, os contratos empresariais são aqueles em que um dos polos da relação contratual encontra-se a figura do empresário, não importando quem esteja no outro. De modo diverso, contratos interempresariais seriam aqueles caracterizados pela presença de empresários nos dois polos contratuais. Ao que pese essa diferenciação, há também autores, como Paula A. Forgioni (*Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.) e Márcia Carla Pereira Ribeiro (*Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.), que não trabalham com essa diferenciação, mas compreendem que contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são todos empresários, não cabendo mais essa designação como ocorria em tempos passados quando a presença de uma única empresa ou empresário bastava para atribuir comercialidade ao contrato. Independentemente desses posicionamentos, o presente trabalho compartilhará o entendimento daquela parcela da doutrina que trata os contratos empresariais e interempresariais como sinônimos, isto é, sendo ambos caracterizados como aqueles que possuem, nos dois polos, a presença de empresários ou sociedades empresárias, no exercício de sua atividade empresarial.

² Para fim de padronização de entendimento, no presente trabalho seguiremos o entendimento de Orlando Gomes no sentido de compreender por ato anulável aquele que é praticado em desobediência às normas que protegem certas pessoas, e tutelam a vontade do agente contra os vícios que podem distorcê-las (*Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 434); já a resolução, também compreendida como rescisão contratual, é definida pelo referido autor como o remédio jurídico concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial, quando a outra parte procede a inexecução da obrigação (*Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense. 2008, p. 199).

revisão, tendo em vista valores maiores trazidos pela Constituição Federal de 1988, como a função social do contrato, a dignidade da pessoa humana, a preservação do mercado, o intuito se volta à manutenção das obrigações celebradas, entretanto, se exige o claro reestabelecimento do equilíbrio das prestações entre os contratantes.

No entanto, as relações jurídicas celebradas entre empresários apresentam características que lhe são próprias quando comparadas àquelas estabelecidas entre indivíduos no âmbito de sua autonomia privada e de sua liberdade contratual. Seguindo esse raciocínio, o direito empresarial possui compreensão ímpar e, conseqüentemente, os contratos interempresariais exigem abordagem específica, isto é, a empresarial, de modo que possam ser devidamente compreendidos e interpretados.

Ao que pese o fato de o Código Civil de 2002, editado pela Lei nº 10.406, ter promovido a unificação do direito das obrigações, não se deve promover uma única regulamentação do contrato, aplicando a todas as circunstâncias as mesmas considerações. Dito de outro modo, o Código Civil visa regular os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, seus bens e suas relações; enquanto o direito comercial busca regular os direitos e obrigações atinentes às atividades econômicas organizadas (empresas) e as relações entre empresários no exercício daquela atividade.

Desse modo, é recomendável não se reunir em um mesmo meio jurídico princípios que venham a ser contraditórios com a coerência empresarial, uma vez que, não se considerando essa premissa, haverá dificuldades na concretização da função econômica esperada dos contratos. Assim, na análise dos contratos entre empresários, celebrados no exercício de sua atividade, deve-se dar maior atenção e preferência às circunstâncias peculiares ao trato mercantil, a fim de que a interpretação das avenças propicie condições para o melhor funcionamento possível do mercado e do fluxo das relações econômicas.

Dessa forma, haja vista a lógica própria a envolver esses contratos e ao próprio direito empresarial, a presente pesquisa desenvolverá, em um primeiro momento, os elementos que permitem estabelecer a diferença desse direito em relação ao direito civil comum. Dentro dessa perspectiva, considerando o contrato como o principal instrumento para

o exercício da atividade de circulação de bens e serviços, surgiu necessidade de se promover a conceituação dos contratos entre empresários (denominados interempresariais) e a sua diferenciação em relação aos contratos civis e de consumo (haja vista que esse último também apresenta tratamento relativo aos institutos ora em apreço). Assim, em detrimento da diferenciação estabelecida, foi possível delimitar o objeto de análise do presente trabalho, abordando a possibilidade da aplicação dos institutos da lesão ou da onerosidade excessiva aos contratos em que nos dois polos contratuais encontram-se a figura do empresário.

Na sequência, na segunda parte do trabalho, serão desenvolvidos os principais elementos interpretativos, que incidem de modo direto ao direito privado e, em particular, ao direito empresarial, a saber: a dignidade humana, a função social do contrato, os usos e costumes e a boa-fé objetiva.

Em seguida, serão analisadas as regras e princípios próprios dos contratos interempresariais, tendo-se como ponto de partida o entendimento de que a busca pelo lucro é o principal objetivo na celebração das avenças empresariais. Nota-se que os empresários, ao celebrarem contratos entre si, partem da presunção de que seus interesses serão satisfeitos, haja vista que celebram o negócio jurídico por acreditarem que esse lhe trará mais vantagens do que desvantagens. O objetivo essencial de todo e qualquer contrato, inclusive aqueles celebrados entre empresários, é o de promover a circulação de riqueza, tendo em vista o fato de as partes que o celebram sempre possuírem interesses diversos e opostos.³ Desse modo, no desenvolvimento dessa etapa da discussão será possível observar que os contratos são celebrados com vistas a um determinado fim que, no âmbito empresarial, corresponde àquele que proporcionar as melhores vantagens.

Além disso, vale ressaltar que no ambiente mercantil, ao se celebrar um contrato, as partes têm a legítima expectativa de que a outra adotará o mesmo comportamento usualmente praticado no mercado. Desse modo, a adoção de comportamentos previsíveis, regulares, pautados pela confiança e racionalidade jurídicas permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo. Independentemente disso, toda e qualquer

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46.

contratação envolve riscos, seja em menor ou maior grau, passível de provocar danos ou prejuízos notáveis, de modo parcial ou total no negócio avençado.

Tratar-se-á, ainda, acerca da concorrência, compreendida como combustível natural para o crescimento econômico das empresas, bem como elemento intrínseco à atividade empresarial. Dessa forma, torna-se imprescindível a eficiência, a habilidade para as negociações, a obtenção das informações disponíveis para a tomada de decisões no âmbito empresarial, a diligência e cuidado de um empresário razoavelmente prudente, devendo ser levado em consideração, para tanto, seu sucesso nas atividades empresariais, sua experiência e conhecimento dos riscos.

Logo, verifica-se que além de todos esses deveres, deve-se considerar também o de o empresário não praticar erros graves.⁴ Em outras palavras, a prática de operações especulativas e arriscadas, com risco elevado ou desproporcional ao benefício esperado, bem como aquelas com faltas de garantias ou que impliquem endividamento excessivo para o empresário ou à sociedade empresária devem ser atribuídas a estes e não às partes que com ele contratam.

Findas essas considerações, inicia-se na continuação a terceira etapa da pesquisa, onde serão analisados os institutos da lesão e da onerosidade excessiva, abordando-se além do seu conceito, suas características e elementos próprios.

Por fim, considerando todas as disposições trazidas nas etapas anteriores, bem como se valendo da lógica pertinente à práxis comercial, aborda-se o debate específico pretendido no presente trabalho, ou seja, a inaplicabilidade, em regra, da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais.

⁴ Isso não significa que, ao contrário, o erro seja admissível nos contratos civis. Diverso desse entendimento, o que se espera de toda e qualquer relação contratual que venha ser celebrada é um mínimo de diligência das partes quanto ao que pretendam alcançar com a avença. Trata-se de considerar uma autorresponsabilidade de cada parte no momento da celebração de um contrato. Caso não se entenda dessa forma, estar-se-á permitindo que a imprudência e até mesmo o descompromisso sejam permitidos para, com a alegação de erro na contratação, o negócio jurídico seja anulado ou rescindido.

Dessa forma, pôde-se observar que as características e os elementos próprios que integram os aludidos institutos que maculam o negócio jurídico não são compatíveis, comumente, aos contratos interempresariais, de modo que não podem ser suscitados, em regra, com o intuito de revisar ou, até mesmo, anular ou rescindir as obrigações assumidas.

1 - O Direito Empresarial e os contratos empresariais

1.1 – A autonomia do Direito Empresarial

Em 10 de janeiro de 2002, foi sancionada a Lei Federal nº. 10.406 pelo Presidente da República. Neste momento, instituía-se, no Brasil, o novo Código Civil. Tratou-se de uma inovação legislativa de viés unificador, uma vez que revogou, parcialmente, o Código Comercial (Lei n. 556, de 25.6.1850), sancionado pelo Imperador D. Pedro II. Dessa forma, o novo corpo de normas civis abrigou a antiga legislação comercial e promoveu a unificação do direito das obrigações. Ao que tudo indica, sua fonte principal de inspiração foi justamente o atual Código Civil italiano de 1942.

Independentemente dessa unificação, “o Direito Comercial, contrariamente ao que afirmam alguns, mantém sua especialidade em face do Direito Civil, como núcleo especial do Direito Privado que tem, atualmente, na empresa seu centro de atração”⁵.

Com efeito, não mais tomando em consideração a velha noção de ato de comércio, o novo código acabou não unificando as atividades econômicas, uma vez que, no âmbito destas, estabeleceu nova dicotomia ao contrapor, às atividades de agentes empresários, as atividades de agentes de não-empresários, com vinculação a registros diferentes e com consequências também diferentes no tocante à legislação falimentar. Em outras palavras, “no lugar das antigas atividades comerciais e não-comerciais, apareceram agora, (...), as atividades empresariais e as não empresariais”⁶.

⁵ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresaria e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

⁶ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 60-61.

O Novo Código Civil brasileiro corporificou várias cláusulas gerais de correção de dogmas liberais, positivando em textos normativos tendências já esboçadas pelas doutrinas e pela jurisprudência comerciais. Por exemplo, a boa-fé objetiva como fundamento do sistema, sedimentada há séculos pela tradição mercantil⁷.

Entretanto, essa “nova” ordem de preocupações impacta de forma diversa nas relações jurídicas estabelecidas entre empresários ou sociedades empresárias e aquelas nas quais são envolvidas pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços. Justamente porque “o direito comercial possui uma lógica peculiar, os textos normativos requerem uma interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam”⁸.

Embora a unificação das obrigações implique a superação do que Comparato chamou de “duplicidade de normas legais, referente a algumas obrigações privadas”⁹, não leva à conclusão de que ambos os sistemas, civil e comercial, estariam submetidos a idênticos princípios. Com o Código Civil brasileiro de 2002, realmente ocorreu a eliminação da referida duplicidade, mas os princípios peculiares da matéria não foram sepultados. Hoje, o direito comercial é visto como o novo direito do mercado¹⁰.

Mercados e empresas são matérias de Direito Comercial, como, aliás, sempre o delimitaram, daí ter-se formado ao lado do direito comum, como um direito especial, voltado para um grupo social que exercia atividades econômicas¹¹. A unificação dos direitos das obrigações em um único documento legal aponta para uma clara diminuição da autonomia do direito em comento, mas esse não desapareceu completamente, haja vista que ainda existe uma parte do Código Comercial em vigor. Desse modo, por mais que não exista uma autonomia formal ou legislativa completa do Direito Comercial, uma vez que não há um corpo próprio de normas destacadas do direito comum, Giuseppe Valeri esclarece que a ausência

⁷ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 8.

⁸ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 8.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 246.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 22.

dessa autonomia não é determinante para a definição sobre a autonomia material do direito mercantil¹².

Quanto a se determinar se o direito mercantil é um ramo autônomo do direito privado, com institutos e princípios próprios, surge uma discussão dos estudiosos nacionais e estrangeiros. Dos que se manifestaram de forma contrária a autonomia do direito comercial, deve-se apontar, inicialmente, a manifestação de Cesare Vivante na Universidade de Bolonha em 1892. O referido autor apontou que as normas mercantis são atinentes ao grupo seletivo de pessoas (os comerciantes), não podendo ser estendidas àqueles que não se incluem nessa classe, sob pena de se praticar uma grave injustiça. No mesmo sentido, compreende que a divisão do direito privado é perniciosa para a busca do direito, haja vista a dificuldade na definição das matérias mercantis, o que prejudica a boa aplicação do direito¹³.

Ao que pese o referido autor ter mudado sua opinião, vindo a se retratar em 1919, os seus argumentos conquistaram adeptos, sendo que no Brasil, podemos citar Philomeno José da Costa. Para esse autor, as razões históricas que permitiram o desenvolvimento do direito mercantil desapareceram. Segundo seu entendimento, a vida econômica passou a apresentar uma unidade, haja vista que a apropriação de riquezas seria um fato econômico que se desenvolve independente da dicotomia do direito privado, o que conseqüentemente inviabiliza o tratamento peculiar ao direito comercial. Além disso, sustenta que as funções dos costumes, o cunho progressista e o caráter internacional não são motivos suficientes para reconhecer a autonomia desse ramo do direito. Por fim, acrescenta que as peculiaridades que diferenciariam o direito mercantil, na verdade são comuns a outros ramos do direito e, portanto, a unificação dessas matérias em um único documento legal traria benefícios notáveis para o direito.¹⁴

¹¹ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresaria e mercados*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

¹² VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, p. 8.

¹³ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1992, p. 12-17.

¹⁴ COSTA, Philomeno J. da. *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

Refutando esses argumentos e sustentando a autonomia do direito comercial, apresenta-se Alfredo Rocco que assevera que qualquer classe social ou profissional influi na formação de regras que sejam de seu interesse, configurando esse comportamento como um fenômeno social necessário. Do mesmo modo, não teria qualquer influência à dificuldade de definição dos limites entre o direito comercial e o direito civil, na medida em que esse problema é uma constante dentro do direito.¹⁵ Por sua vez, Remo Fransceschelli e Giuseppe Ferri apontam que apesar da unidade da vida moderna, ainda há uma nítida contradição entre a atividade de conservação e gozo de bens e atividade de produção e de troca de bens¹⁶.

Seguindo esse raciocínio, Marlon Tomazette¹⁷ informa que não há como negar que as exigências da vida econômica moderna são muito diferentes daquelas do período do surgimento do direito comercial, havendo o indiscutivelmente um alargamento da esfera de ação do direito comercial. Todavia, o referido autor esclarece que esse alargamento representa apenas que as exigências do direito comercial se estenderam a outras relações econômicas, sem que isso afetasse a sua autonomia.

Segundo a lição de Paula A. Forgioni¹⁸, um direito especial nasce em virtude da peculiaridade de seus princípios jurídicos e não da especialidade da matéria tratada. Em relação ao direito comercial, isso se faz sentir, por exemplo, na adoção de um sistema contratual “mais completo e mais elástico, assente, de um lado, na liberdade de formas e, de outro lado, no princípio geral da possibilidade das partes se obrigarem”, abandonando-se o forte cunho formalístico clássico.

O ambiente comercial e societário, e em especial o ambiente interempresarial¹⁹, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações

¹⁵ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 76-80.

¹⁶ FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 71-72.; FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET, 1976, p. 13.

¹⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Teoria Geral e Direito Societário. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 1., 2012, p. 29.

¹⁸ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003, p. 7-8.

¹⁹ Cabe destacar que a doutrina do direito empresarial tem apresentado divergência quanto à conceituação entre contratos empresariais e contratos interempresariais. Há doutrinadores que têm definido como contratos empresariais aqueles em que em um dos polos da relação está presente um empresário, não se levando em conta o

obrigacionais comuns e se enquadram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva”.²⁰

A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado e, sucessivamente, em um âmbito mais vasto.²¹ Esse é o entendimento apresentado por Paula A. Forgioni, ao esclarecer que, apesar do direito comercial ter expandido seu âmbito de incidência, deixando de se aplicar apenas às atividades entre comerciantes, como originalmente proposto, continua a apresentar características que lhe são próprias, o que explica a existência de um corpo normativo independente:

Em um primeiro momento, (...), houve a necessidade de criação de um direito mais adequado ao tráfico mercantil. Posteriormente, procurou-se estender a aplicação desse direito a outros sujeitos que, de alguma forma, se relacionassem com o comércio, e daí, a criação da teoria dos atos de comércio. Mas de uma forma ou de outra, *justifica-se a existência de um corpo especial de normas não apenas em virtude de uma tradição histórica, mas porque sempre se constatou que o direito comercial possui uma lógica própria, ou melhor, é embasado sobre princípios peculiares.*²²

Nas últimas décadas, os estudos empreendidos pela doutrina fizeram-nos ver como essa lógica própria do direito comercial impulsiona e é indispensável ao fluxo de relações econômicas. Em razão disso, adverte Paula A. Forgioni que

idealismo ingênuo e exagerado em torno de ‘novos’ dogmas não pode cegar o intérprete a ponto de fazê-lo aplicar açodadamente textos normativos de abrangência geral (ou mesmo de inspiração consumerista) a contratos

outro polo da relação contratual (adotando esse posicionamento encontramos Waldírio Bulgarelli). Por outro lado, demais especialistas definem como contratos interempresariais aqueles em que são encontrados empresários nos dois polos da relação contratual (nesse sentido encontram-se Paula Castello Miguel, Paula A. Forgioni e Márcia Carla Pereira Ribeiro). Independente dessa discussão, o presente trabalho assume o entendimento de que contratos empresariais e interempresariais são conceitos sinônimos e representam aquelas relações firmadas entre os sujeitos que exercem a atividade empresarial, isto é, onde ambos os polos contam com empresários.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43.

²¹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 93.

²² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 21, grifos originais.

empresariais, desconsiderando sua especificidade em relação aos contratos de natureza diversa. Enfim, uma eventual orientação distorcida (ou seja, dando guarida a princípios conflitantes com a lógica comercialista) influenciará a interpretação dos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias e, conseqüentemente, poderá dificultar a concretização da *função econômica* deles esperada.²³

Nesse sentido, Waldirio Bulgarelli sustenta a autonomia do direito empresarial, argumentando que esse ramo do direito possui institutos que lhe são próprios em relação à realidade comercial e que, conseqüentemente, não podem ser regulados pelo direito comum.²⁴ Por sua vez, Oscar Barreto Filho defende a autonomia do direito mercantil em função da especialidade do fenômeno econômico regulado.²⁵

A existência de instituições públicas ou privadas típicas do comércio, como bolsas, bancos e armazéns gerais; a realização de operações em massa e que envolvem grandes valores em sua maioria; e a importância do cumprimento das obrigações são os motivos apresentados por Lyon-Caen e Renault para justificar a necessidade de distinção entre o direito civil e o empresarial.²⁶ Por sua vez, Hamel, Lagarde e Jauffret também apresentam três razões para a existência de um direito comercial autônomo, a saber: necessidade de reforço do crédito, a rapidez das operações comerciais e a necessidade de publicidade.²⁷

A especificidade do direito empresarial repousa basicamente em três pilares: a rapidez, a segurança e o crédito.²⁸ Ele exige um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere dos negócios, a tutela da boa-fé e a simplificação da movimentação de valores,²⁹ tendo em vista a realização de negócios em massa.

²³ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 9, grifos originais.

²⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

²⁵ BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, a. 2, n. 6, set./dez. 1999, p. 301.

²⁶ LYON-CAEN, Ch.; RENAULT, L. *Manuel du droit commercial*. 10. ed. Paris, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1910, p. 3-4.

²⁷ HAMEL, J.; LAGARDE, G.; JAUFFRET, A.; *Droit commercial*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1980, v. 1., tome 1, p. 9-11.

²⁸ REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. *Droit commercial*. 6. ed. Paris: Litec, 2001, p. 27.

²⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 37.; VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1, p. 4.

Em função disso, não se pode negar a autonomia do direito empresarial, o qual possui princípios e características próprias, além de possuir um método próprio³⁰ e de ser vasto o suficiente para merecer um estudo adequado.

1.2 – Empresa: núcleo central do direito empresarial

No Livro II do novo Código Civil brasileiro (Lei nº. 10.406/2002), encontram-se as disposições nacionais acerca do Direito de Empresa. Inauguram-se nessa etapa da legislação pátria as considerações iniciais relativas aos elementos que irão delinear esse ramo autônomo que se intitula Direito Empresarial e que possui como articulador dessas circunstâncias o empresário. Nos termos do art. 966 do Código Civil Brasileiro, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Embora não haja uma definição direta do que seja a empresa, mas, sim, definição indireta e subjetiva, mediante a configuração do que seja o empresário, não resta dúvida de que o ordenamento jurídico pátrio passou a considerar a empresa como o núcleo central de desenvolvimento desse ramo do Direito.

Tal compreensão é importante uma vez que a partir do entendimento do que seja a empresa é que se definirá o âmbito do chamado direito empresarial. Dito de outro modo, é a partir dessa noção do que vem a ser empresa que é possível determinar quais atividades estão sujeitas ou não ao direito empresarial.³¹ O âmbito desse direito não é mais definido pelos atos de comércio isolados, ou pela qualidade isolada do comerciante, mas pela “atividade

³⁰ Como salienta Paula A. Forgioni, o direito empresarial utiliza-se de um método próprio, diverso do direito civil, isto é, o método indutivo (conclui-se a regra com base nos fatos) Esse método reforça a ideia de autonomia do direito empresarial, porquanto se ele não fosse um ramo autônomo do direito privado, ele deveria usar o método dedutivo do direito civil. (FORGIONI, Paula A. *Evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 106.)

³¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Teoria Geral e Direito Societário. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 1., 2012, p. 35.

econômica organizada sob a forma de empresa e exercida pelo empresário”³² ou, como preferem alguns, pelo mundo dos negócios.³³

A nova legislação civil inaugura para o mundo jurídico a chamada teoria da empresa, a qual se encontra em oposição à teoria dos atos de comércio, que fora adotada pelo Código Comercial de 1850. Esse novo entendimento não divide mais os atos em civis e mercantis. Diversamente a essa concepção binária, o que importa a partir dessa nova visão é o modo pelo qual a atividade econômica é exercida. O objeto de estudo deixa de ser o ato econômico em si e passa a ser a atividade econômica exercida.

Essa atividade organizada e voltada para a produção e circulação de bens ou serviços é o que se denomina empresa, sendo, portanto, o mencionado artigo, a norma fundamental do Direito Empresarial, responsável por delimitar o âmbito de incidência de suas regras específicas.³⁴

Todavia, a noção inicial de empresa advém da economia, ligada a ideia central da organização dos fatores de produção (capital, trabalho, natureza), para a realização de uma atividade econômica.³⁵ Para Fábio Nusdeo, a “empresa é a unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio da produção”.³⁶

A atividade empresarial tem na liberdade de iniciativa o seu pilar que é conformado, modelado, por instrumentos de política legislativa, entre os quais a dignidade da pessoa humana. A livre iniciativa vem balizada, ainda, no plano de normas constitucionais econômicas, pelos valores coletivos garantindo aos particulares a liberdade de organização de

³² BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, n. 6, set./dez. 1999, p. 301.

³³ ³³ HAMEL, J.; LAGARDE, G.; JAUFFRET, A. *Droit commercial*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1980, v. 1., tome 1, p. 5.

³⁴ FIUZA, César. *Direito e negócios empresariais: desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 76.

³⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 1., 2012, p. 36.

³⁶ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 285.

suas atividades. A liberdade de iniciativa qualifica uma economia como de mercado, para o que a livre concorrência é um dos limites.³⁷

Para garantir a livre iniciativa, a liberdade de acesso aos mercados, o legislador brasileiro de 1988 (art. 170 da Constituição da república) cuidou de valorizar a concorrência e o respeito ao trabalho, à dignidade individual. Com isso se defende o sistema de competição operacional, porque a liberalização da economia em tempo de globalização tem na concorrência forma de tutela dos mercados.³⁸

Livre iniciativa e livre mercado são valores recepcionados pelo legislador pátrio de 1988 e, por isso, a análise dos mercados deve considerar duas vertentes: a liberal, em que a livre iniciativa e livre concorrência são vistas como favorecedoras das eficiências alocativa e produtiva, e a social, que impõe limites à livre iniciativa para privilegiar outros valores.³⁹

Desse modo, inegável, se torna concluir pela complementariedade entre mercados e empresas, seja porque as pessoas recorrem aos mercados para satisfazer suas necessidades, seja porque sem mercados ativos os custos de transação aumentarão, reduzindo o bem-estar.⁴⁰

Mercados levam a que se produzam os bens na qualidade e quantidade correspondentes à demanda existente. Logo, mercados livres aparecem como condição objetiva necessária a produção e circulação de bens – mercadorias e serviços -, existentes, atuais ou em processo, para satisfação de necessidades, com o que se cria bem-estar e se produz riqueza.⁴¹

³⁷ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresaria e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

³⁸ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresaria e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16-17.

³⁹ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresaria e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

⁴⁰ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresaria e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

⁴¹ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresaria e mercados*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14.

O funcionamento da empresa assume grande relevância social em um sistema econômico capitalista, dado o seu relevante papel como instrumento de transformação e realização dos interesses comunitários.

A geração e a circulação de riquezas produzidas pela empresa financiam as políticas públicas do Estado de proteção à vida (segurança pública) e de assistência à saúde (gratuidade do tratamento médico, com a construção de hospitais públicos e o fornecimento gratuito de medicamentos), sendo possível então, estabelecer uma interdependência entre o Estado e as atividades realizadas pela empresa em prol dos direitos fundamentais sociais que se estabelece a partir da contribuição das atividades realizadas pelas empresas no fornecimento de recursos financeiros (via arrecadação tributária) necessários para que o Estado possa executar as políticas públicas.⁴²

O mercado, ao facilitar a circulação de riqueza, a partir de uma dada e prévia atribuição de propriedade conferida pelas normas jurídicas, torna o sistema de trocas mais eficiente.⁴³ Em outras palavras, possibilita uma melhor alocação de riqueza (destinação) e distribuição dos bens disponíveis entre agentes econômicos. Assim, as regras de funcionamento do mercado devem estar refletidas no ordenamento jurídico, independentemente de haver políticas públicas incentivando o seu fomento.⁴⁴ “Mercados tornam-se importantes na medida em que permitem divisar soluções inovadoras para problemas complexos de produção e distribuição de bens”.⁴⁵

Desse modo, ambos,

mercados e empresas, interessam ao desenvolvimento da atividade econômica quer por particulares quer pelo Estado, quando interfere na atividade econômica como produtor, e interessam à comunidade por serem

⁴² LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 115.

⁴³ Dizer mais eficiente não quer dizer que a redistribuição dos bens via mercados seja mais justa ou que faça justiça distributiva, mas apenas significa que os bens, ao circularem entre pessoas, são transferidos para as que lhe atribuem maior valor (entenda-se valor de troca), com o que se aumenta seu grau de satisfação ou bem-estar.

⁴⁴ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

⁴⁵ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22.

fontes de criação de riquezas resultado da facilidade de circulação de bens na sociedade.⁴⁶

Para Gladston Mamede, a empresa

é a atividade econômica, o tráfico negocial que implica operações que se estruturam e se repetem para atender ao mercado, produzindo ou circulando bens e/ou serviços, fruto de uma coordenação que organiza bens, pessoas e atos numa verdadeira engenharia negocial.⁴⁷

A empresa, assim como o mercado, é uma criação humana que visa a buscar resultados para o trabalho humano, é uma conjunção de esforços estruturados para a realização de cenários econômicos desejados, para a produção organizada. É, portanto, apenas e tão-somente uma organização de iniciativas otimizadas, de procedimentos, de fórmulas que, segundo a lógica de seu titular (empresário ou sociedade empresária), viabilizarão a realização de suas metas econômicas, ou seja, lucros que remunerem aqueles que investiram na formação do capital empresarial.⁴⁸

Por conseguinte, a partir dessa compreensão econômica é que se desenvolve o conceito jurídico de empresa e que dá característica ao Direito Empresarial. Submete-se a essa disciplina jurídica toda atividade econômica, negocial, que se apresenta sob a forma de uma organização voltada para a produção ou circulação de bens e serviços. É ente autônomo que não se confunde com o estabelecimento (art. 1.142 do Código Civil) nem com seu titular. Nas palavras de Fábio Konder Comparato

se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de exemplo explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.⁴⁹

⁴⁶ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

⁴⁷ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 3. Ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 28.

⁴⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 3. Ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 27/28.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

A empresa, como agente econômico que é, deve ser enxergada como instituição social. Segundo Paula A. Forgioni, se assim for feito, concluir-se-á que

sem a empresa, o direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão de existir, pois, hoje, ele aí está para disciplinar, de acordo com sua lógica peculiar, a empresa e sua interação com outras empresas do mercado.⁵⁰

Portanto, cabem ao Direito Empresarial regular as relações entre os agentes econômicos responsáveis pela produção e circulação de bens e serviços dentro do mercado, conformando suas atuações de modo a atender e balancear os ditames sociais e liberais que embasam o Estado moderno. Nesse sentido, correto afirmar que a empresa é o cerne do direito empresarial, o núcleo ao redor do qual orbitam as normas empresariais.

1.3 – Contratos interempresariais: instrumento jurídico de constituição, organização e exercício da atividade empresarial

1.3.1 - Contextualização do instituto contratual

A contextualização histórica é indispensável para uma melhor compreensão de qualquer instituto do direito. Nesse sentido, o estudo do direito

não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juricidade na unidade e na complexidade do fenômeno social.⁵¹

O conceito de autonomia privada remete ao negócio jurídico⁵² e à definição de contrato, se consolida nos séculos XVIII e XIX,⁵³ simbolizando uma reação contra um

⁵⁰ FORGIONI, Paula A. *Evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124 .

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.1.

⁵² “A manifestação suprema da autonomia privada é o negócio jurídico, ao qual o direito atribui o nascimento, a modificação ou extinção de relações jurídicas entre particulares, enquanto tais efeitos estão dispostos em normas do ordenamento jurídico.” BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410-411.

⁵³ “Não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, *code Napoleon*, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e constituiu o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe – a burguesia – à qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a

período absolutista, despótico e de arbitrariedades cometidas pelo poder público. É o momento em que se consagram os ideais liberais da burguesia e renova-se a imagem do Estado, que passa a ser a de um Estado de Direito, “da legalidade e da liberdade, dos indivíduos livres e iguais: livres para agir e iguais perante uma lei igual a todos porque geral e abstrata”.⁵⁴

Com o advento das codificações no século XIX verificou-se que a concepção individualista do direito também adentrou ao ordenamento jurídico através do instituto da autonomia da vontade, segundo o qual “todo homem é livre e, na medida de sua liberdade, dispõe autonomamente dos seus interesses, tendo assegurada a faculdade de governar sua vontade para estabelecer acordos e obrigações que, nessa dimensão devem ser adimplidos, em respeito à palavra dada”.⁵⁵

Uma pessoa submete-se ao vínculo obrigacional no pressuposto de que a outra parte também fará o mesmo, sendo essa a única forma de obter algo que individualmente não conseguiriam. Larenz afirma que

esto sucede por lo general a través de unas, ‘declaraciones de voluntad’, que se correspondem entre sí en orden a su contenido y por medio de las cuales cada uno de los contratantes da a conocer al otro su voluntad de que el contenido de lo convenido debe tener entre ellos vigencia y ser derecho. Puesto que *el contrato solo vale cuando ambos contratantes consienten y por tanto SUS DECLARACIONES coinciden en su contenido*, la vinculación de cada contratante al contrato descansa em su propia voluntad, em su autodeterminación. *Se vincula, porque sabe que sólo bajo este pressuposto el outro se vincula también y PUEDE CONFIAR en lo que el otro le promete.* La conclusión de un contrato es de este modo um acto de autodeterminación a través de una autovinculación.⁵⁶

Inocência Galvão Telles, com propriedade, observa que

sociedade.” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 25-26.

⁵⁴ GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 57. No original: *della legalità e della libertà, degli individui liberi ed uguali: libere di agire ed uguali davanti ad una legge uguale per tutti perché generale ed astratta*.

⁵⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 30.

⁵⁶ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. trad. Luiz Diez-Picazo. Madri: Civitas, 1985, p. 67, grifos originais.

a cada passo as pessoas através das suas manifestações de vontade dão disciplina vinculativa aos seus interesses. É o que se chama *autonomia*, palavra que quer dizer em Direito autodeterminação e designa assim um poder e uma actividade de regulamentação de interesses pelos próprios titulares. Os actos praticados nessas condições denominam-se, como dissemos, negócios jurídicos, e ao seu número pertencem os *contratos*.⁵⁷

Com efeito, a autonomia privada⁵⁸ – “capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa certa esfera de interesses”⁵⁹ - é representada através do negócio jurídico, definido como “o instrumento que o Direito oferece aos particulares para que disciplinem seus interesses e travem relações com o objetivo de compô-los”.⁶⁰ Nesse sentido aduz Sílvio Rodrigues que

(...) o contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes. Defluindo da vontade das partes, ele só se aperfeiçoa quando, pela transigência de cada um, alcançam os contratantes um acordo satisfatório a ambos.⁶¹

Portanto, é através da autonomia da vontade que partes antes em posição de antagonismo, através de concessões recíprocas vão cedendo cada qual em seu ponto de vista ou interesse, de modo a poderem formalizar o negócio pretendido por ambos.

No modo de produção capitalista, introduzido pelo regime burguês, repudia-se, portanto, o regime feudalista a prender o trabalhador a terra e ao senhor feudal, e declara-se a liberdade das pessoas. A partir daí, “todos passam necessariamente a ser proprietários, ou de

⁵⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 62.

⁵⁸ De acordo com o conceito de autonomia privada, o negócio jurídico é, portanto, gênero, que tem o contrato como principal espécie, já que este “surge como categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 7). Nessa definição, Orlando Gomes reconhece a falsa ideia que dela se possa extrair, de que a igualdade formal seria suficiente a tutelar e assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes, independentemente de fatores outros, como a condição social de um dos contraentes. Razão pela qual o contrato, no direito contemporâneo, em que a complexidade da vida social é crescente, passou a ser regulado por “nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 8).

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 40.

⁶⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 67.

⁶¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

bens que lhes permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam”.⁶² Com isso, “o negócio jurídico passou a ser o instrumento jurídico hábil para criar um novo poder político, baseado na livre troca de bens, e não somente na propriedade da terra”.⁶³

A partir da transição do regime feudal para o regime capitalista, a autonomia privada ou liberdade negocial passou a ser definida como o “poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”.⁶⁴ Em conformidade com a visão tradicional, Iturraspe e Piedecasas acrescentam:

A ênfase ou o foco da visão ‘tradicional’ do Direito está, sem dúvida, no contrato como negócio jurídico com fins econômicos, máximo ou soberano e, portanto, considera-se necessário, imprescindível, defender, a todo custo sua ‘santidade’, sua irrepreensibilidade como negócio pleno de moralidade, liberdade e segurança. Quando celebrado por pessoas capazes não oferece nem exibe debilidade e se mostra livre de críticas. Para dizer-lo de maneira sintética, buscou-se a figura da lei: o contrato é a lei das partes; suas cláusulas obrigam como a própria lei. Compara-se, em sua força vinculante, com as correntes que prendem um escravo. E se deixa claro que as partes são livres para firmar ou não o contrato, mas, se o celebram, ficam submetidas a ele, sem escapatórias possíveis.⁶⁵

A autonomia da vontade se fixou, basicamente, em função de duas teorias, quais sejam: a teoria da vontade (interna, psíquica), e a teoria da declaração (vontade exteriormente declarada). O negócio jurídico era tido como manifestação onipotente, causa eficiente, que criava e determinava os efeitos jurídicos pretendidos pelos sujeitos. Pela concepção individualista, o contrato fazia lei entre as partes, o qual deveria ser obrigatoriamente cumprido, e cabia ao Estado (liberal) assegurar estes direitos.

⁶² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 9.

⁶³ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 39.

⁶⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

⁶⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos: La revisión del contrato*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 11. No original: *El énfasis o acento de la visión “tradicional” del Derecho está puesto, sin lugar a dudas, en el contrato como negocio jurídico con fines económicos, máximo o soberano, y de allí que se considerara necesario, imprescindible, defender, a todo viento, su “santidad”, su irreprochabilidad como negocio pleno de moralidade, libertad y seguridad. Que celebrado por personas capaces no ofrece ni exhibe debilidade y se muestra indemne a tachas o críticas. Para decirlo de manera sintética se buscó la figura de la ley: el contrato es la ley de las partes; sus cláusulas obligan como la ley misma. O bien se*

Pode-se afirmar que o contrato é espécie do gênero negócio jurídico celebrado por duas ou mais pessoas, decorrente de livre manifestação da vontade, que estabelecem obrigações contrapostas, de caráter pecuniário, do qual decorre um vínculo obrigacional por força da lei. A vontade das partes é, pois, reconhecida pela lei, como vinculante, de molde a instituir obrigações que, se não forem espontaneamente adimplidas, poderão ser judicialmente executadas.⁶⁶

Nessa visão liberal, o Estado possui frente ao sistema econômico uma atuação negativa, apresentando apenas uma dimensão política, pela qual deve impor limites e controlar os poderes políticos, além de garantir o respeito aos direitos individuais, concedendo-lhes as condições ideais para o exercício e crescimento dos interesses privados, devendo, portanto, abster-se de intervir nas atividades dos particulares.

Durante esse período, no ambiente econômico, vigorava o pensamento de que aos indivíduos deve ser garantido o máximo de liberdade de iniciativa, ou seja, “o império do homem sobre suas decisões, a liberdade de dizer e fazer, sem restrições nem controles externos”.⁶⁷ O artigo 1.134 do Código Civil Francês⁶⁸ reflete bem este momento da sociedade, quando se utiliza do contrato para formalizar a autonomia negocial, dispondo que “as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes”.⁶⁹

Dessa forma, a doutrina tradicional posiciona-se na prevalência das convenções ou estipulações do contrato, impondo aos juízes atuar para que o contrato seja respeitado e cumprido, por ser a autonomia privada fonte de progressos na ordem econômica.

lo compara, en su fuerza vinculante, a las cadenas que sujetan al esclavo. Y se deja claro que las partes son libres de contratar o de no hacerlo, pero que celebrado el contrato quedan sometidas al mismo, sin escapatorias posibles.

⁶⁶ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Revisão judicial dos contratos entre empresários*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8953. Acesso em: nov. 2012.

⁶⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos: La revisión del contrato*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 13. No original: *el império Del hombre sobre sus decisiones, la libertad de decir y hacer, sin restricciones ni controles exteriores*.

⁶⁸ “A relação contratual, preconizava o direito moderno francês, estabelece uma lei entre as partes, devendo cada uma delas se submeter ao conteúdo do negócio jurídico, sob pena de o inadimplemento contratual proporcionar as sanções porventura previstas no ajuste, ou a condenação do infrator às perdas e danos.” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118).

⁶⁹ No original: “*Les Conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui lês on faites*”.

Assim, afirmam Iturraspe e Piedecasas: “toda revisão, todo reajuste, toda intervenção judicial para modelar excessos, é, para esse pensamento, semear insegurança, desconfiança; a perda da fé no Direito e em suas instituições é o resultado final”.⁷⁰

Surge do pensamento burguês liberal e individualista, o denominado dogma da imutabilidade do contrato, que “era reputado fonte de direito por excelência”⁷¹, por meio do qual os critérios da previsibilidade⁷² e da racionalidade econômicos são reconhecidos e aceitos. Há, na concepção liberal, uma intolerância à revisão contratual.

Novamente, a discussão do problema das superveniências contratuais circunda os ordenamentos jurídico-econômicos. Já no direito canônico⁷³ havia a preocupação com os acordos firmados entre as partes, sendo deste período a elaboração da conhecida cláusula *rebus sic stantibus*⁷⁴ (das coisas como estão, estando assim as coisas), por meio da

⁷⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos: La revisión del contrato*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 21. No original: *toda revisión, todo reajuste, toda intervención judicial para modelar excesos, supone, para aquel pensamiento, sembrar inseguridad, desconfianza; la pérdida de la fe en el Derecho y en sus instituciones, es el resultado final*.

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 371.

⁷² “*Considera que aquellas circunstancias que habrían podido constituir materia de una cláusula del contrato, son fuente de riesgo que cada uno puede eliminar o asumir, y, por tanto, el daño causado por tales circunstancias debe gravar a quien habría podido tomar precauciones y, sin embargo, no lo hace, dejando una laguna en el contenido del contrato.*” (ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos: La revisión del contrato*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 33-34).

⁷³ “Santo Agostinho pregava em seus sermões que, não haveria infidelidade pelo descumprimento de uma promessa se ocorresse um acontecimento de maior importância e que viesse a impossibilitar a execução fiel da promessa. Posteriormente, Santo Tomás de Aquino, baseando-se nos ensinamentos morais de Sêneca, pregava que, para alguém estar obrigado a fazer o que se prometeu, seria necessário que todas as circunstâncias se mantivessem as mesmas.” (FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, mar. 2006, p. 730).

⁷⁴ “A cláusula *rebus sic stantibus* surgiu na Idade Média, da frase seguinte: ‘Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidas estando às coisas assim’, ou seja, como se encontram no momento da contratação (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*).” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 308, jun. 2003, p. 14). “A cláusula *rebus sic stantibus* consiste na locução latina que pode significar: a) ‘mesmo estado das coisas’; b) ‘estando assim às coisas’; ou c) ‘enquanto as coisas estão assim’. No sentido jurídico consiste na cláusula revisionista inserta nos contratos, que ‘inspira-se em razões de equidade e de justo equilíbrio entre os contratantes; tem, todavia, como pressuposto a imprevisibilidade e anormalidade do fato novo, profundamente modificativo da situação anterior. A denominação conferida à cláusula explica o seu próprio conceito: ‘o contrato se cumpre se as coisas (*rebus*) se conservarem desta maneira (*sic*), no estado preexistente (*stantibus*), quando de sua estipulação, isto é, desde que não tenham sofrido modificações essenciais’”. (FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, mar. 2006, p. 726).

qual se reconhece estar implícita em todos os contratos “a existência de um dispositivo que estabelece que as obrigações contratuais somente possam ser integralmente cumpridas se subsistirem as condições econômicas e fáticas existentes no momento da conclusão do negócio jurídico”.⁷⁵ Sobre a época medieval, Marasco recorda:

Os problemas amarrados às superveniências vêm, particularmente, advertidos e estudados no período medieval. A disseminação dos ideais da justiça comutativa e a conseqüente abolição de todas as formas de enriquecimento sem causa impulsionaram os juristas daquele tempo a buscar soluções adequadas para assegurar o justo equilíbrio entre as prestações. [...]. O equilíbrio entre as prestações representa um pressuposto fundamental para a validade do contrato, seja no momento “originário” (da estipulação) ou naquele sucessivo da execução. Foi na tentativa de assegurar esta garantia que os juristas medievais elaboraram a cláusula *rebus sic stantibus*.⁷⁶

Entretanto, se observou no início do modelo capitalista liberal (fins do século XVIII⁷⁷) o desaparecimento da cláusula *rebus sic stantibus*, caracterizada pela indeterminação e abstração passíveis de atingir qualquer relação, por ser incompatível com os ditames pregados da racionalidade e previsibilidade. A respeito, Figueiredo comenta:

A decadência da aplicabilidade da teoria em estudo iniciou-se nos fins do século XVIII e início do XX, em razão das doutrinas liberais e econômicas. Os novos códigos, do século passado, entre eles o Francês e o Italiano, não fizeram qualquer referência legal à cláusula *rebus sic stantibus*. Ao contrário, enalteciam o princípio da autonomia da vontade humana e a força obrigatória dos pactos.⁷⁸

Reafirmava-se, em contrapartida, a cláusula do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), na qual vinha disciplinada a regra da vinculação dos contratos,

⁷⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

⁷⁶ MARASCO, Gherardo. *La rinegoziazione del contratto - Strumenti legali e convenzionale a tutela dell'equilibrio negoziale*. [S. l.]: Cedam, 2006, p. 1-2. No original: *Le problematiche legate alle sopravvenienze vennero particolarmente avvertite e studiate nel medioevo. Il diffondersi degli ideali della giustizia commutativa e la conseguente messa al bando di ogni forma di arricchimento ingiustificato impegnarono i giuristi del tempo nella ricerca di rimedi idonei a garantire il giusto equilibrio tra le prestazioni. [...] L'equilibrio tra le prestazioni rappresentava un presupposto fondamentale per la validità del contratto, sia nel momento originario (della stipulazione) che in quello successivo dell'esecuzione. Fu nel tentativo di assicurare queste garanzie che i giuristi medievali giunsero ad elaborare la clausola rebus sic stantibus.*

⁷⁷ “Nem o código civil italiano de 1865, nem o código de Napoleão introduziram a cláusula *rebus sic stantibus*.” (MARASCO, Gherardo. *La rinegoziazione del contratto - Strumenti legali e convenzionale a tutela dell'equilibrio negoziale*. [S. l.]: Cedam, 2006, p. 3).

⁷⁸ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, mar. 2006, p. 731.

sendo as partes obrigadas a respeitar o contrato e a obedecer à lei. Segundo Figueiredo, essa regra “assegura a obrigatoriedade dos contratos e garante a estabilidade dos negócios no trânsito jurídico, no qual o não cumprimento das avenças acarretava ao inadimplente as sanções previstas no próprio contrato”.⁷⁹

A postura de um Estado abstencionista e de mínima interferência na economia passa a ser modificada com a crise industrial da década de vinte e em virtude dos inconvenientes dos pós-guerras mundiais⁸⁰ (ambos do século XX). Desse período, destaca-se a edição em 21 de janeiro de 1918 da Lei Faillot, na França, que acolheu “temporariamente a possibilidade de resolução do contrato ante o agravamento imprevisto e desmedido causado pela guerra, e que excedesse a previsão do que fosse razoável”,⁸¹ mesmo com a resistência da jurisprudência francesa à teoria da imprevisão.⁸²

Como elucida Marasco, “os transtornos econômicos advindos da guerra, relativos aos contratos de médio e de longo prazo, resultaram em uma necessária intervenção do legislador, que definiu o conflito como caso de força maior”.⁸³ Nesse momento, a

⁷⁹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, mar. 2006, p. 726.

⁸⁰ “Encerrada a 1ª guerra mundial, os seus efeitos nocivos se propagaram sobre o continente europeu. A destruição de várias localidades, aliada aos elevados índices inflacionários verificados por causa da guerra, contribuíram para um superendividamento das empresas e estabelecimentos comerciais perante os seus respectivos credores. Nos contratos de trato sucessivo, a prestação sofria a incidência de índices de atualização monetária incompatíveis com a realidade do devedor, o que acarretou a quebra de inúmeras empresas. Em busca do reequilíbrio dos contratos que se achavam vigentes, renovou-se a teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, viabilizando-se a sua utilização mesmo no caso fortuito ou na força maior. Surgiu, então, a teoria da imprevisão.” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123).

⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 308, jun. 2003, p. 15.

⁸² Por imprevisível, considera-se “tudo aquilo não passível de previsão, tudo o que não fizesse parte do cotidiano do homem comum e que, se cogitado no instante vincutivo, por certo seria causa impeditiva da contratação”. (BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.849, jul. 2006, p. 90.)

⁸³ MARASCO, Gherardo. *La rinegoziazione del contratto* - Strumenti legali e convenzionale a tutela dell'equilibrio negoziale. [S. l.]: Cedam, 2006, p. 3. No original: quella guerra comportò un tale sconvolgimento dell'economia dei contratti a médio/lungo termine da rendere addirittura necessario l'intervento del legislatore che defini il sopraggiunto conflitto caso di forza maggiore.

autonomia privada e a liberdade de atuar na esfera econômica sofrem limitações por parte do Estado, ora intervencionista.⁸⁴ Sobre o tema, Lisboa relembra:

A liberdade pessoal significava até então uma liberdade negativa, porque era exercida de forma contrária à participação efetiva para adoção das soluções desejadas pela grande maioria das pessoas que se submetiam às contratações indesejadas e iníquas. A organização da sociedade civil e os questionamentos e reivindicações dela originados demonstrou a liberdade positiva, isto é, participativa, que compeliu o poder público a adotar soluções de proteção dos interesses da massa de empregados e de consumidores.

O Estado passou a intervir na ordem econômica, procurando restabelecer o equilíbrio das relações contratuais com a edição de normas jurídicas de ordem pública, de natureza cogente, isto é, normas que não podem ser afastadas da relação jurídica nem mesmo pela vontade expressa das partes.⁸⁵

É também nesse momento histórico que surge a expressão dirigismo contratual, retratado pela limitação à liberdade de contratar. De um Estado de Direito liberal oitocentista, apenas garantidor da ordem e das situações aquisitivas, transmuda-se ao Estado de Direito social⁸⁶ interventor, que vem lançando “mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana, para evitar lesões”.⁸⁷ Sobre o tema, Figueiredo reforça:

⁸⁴ “Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar.” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 23).

⁸⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

⁸⁶ “Não houve propriamente uma propalada substituição da vontade como fonte de direitos e deveres pela vontade como instrumento de interesse social, pois a vontade pessoal continua a mesma. O que passou a ter uma nova perspectiva é a regulamentação que se conferiu à declaração de vontades, tornando-se desse modo viável a conclusão segundo a qual há interesses jurídicos menos relevantes que outros, e vice-versa. [...] De igual modo, não se deve considerar que houve a substituição do contrato como negócio jurídico independente pelo contrato social. Não há propriamente um pacto social, no sentido dado por Rousseau e pelos contratualistas que procuram explicar a organização social. Valoriza-se, isso sim, a função que a categoria jurídica deve ter como instrumento hábil à circulação de riquezas e que viabiliza a satisfação dos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais das partes. O contrato ora passa ser mais valorizado, devendo as partes emprestar-lhes a função social que dele se espera, segundo a sua natureza e alcance.” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55).

⁸⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 308, jun. 2003, p. 10.

Assim, ocorreu uma limitação à liberdade de contratar, mediante a intervenção do Estado no trânsito jurídico, para atender aos anseios sociais e econômicos e evitar abusos e injustiças nas relações contratuais, assegurando o equilíbrio entre as partes contratantes, pela revisão do contrato pelo juiz e sua adequação no meio social, de conformidade com as circunstâncias e com fundamento em princípios do direito, entre eles a boa-fé, o equilíbrio contratual, a comutatividade das prestações, a proteção da parte mais fraca da relação contratual, o interesse público e coletivo, a função social do contrato, entre outros.⁸⁸

Ocorre, assim, a mitigação⁸⁹ do brocardo *pacta sunt servanda*, “objetivando evitar injustiças sociais e manter o equilíbrio das avenças, passando o homem a preocupar-se mais com a terceira bandeira da revolução francesa – solidariedade –, por consequência, a justiça comutativa nas relações contratuais”.⁹⁰ Sobre todos esses acontecimentos, Heloisa Barboza lembra:

Os ideais de liberdade e igualdade preconizados no século XVII, aparentemente conquistados então, cristalizaram-se nas codificações do século XIX e início do século XX, como se constata da codificação brasileira de 1916. Contudo, não tardou a manifestar-se a ineficácia de direitos que não dispunham de instrumentos adequados a sua efetividade em face dos jogos de poder na sociedade. O flagrante desequilíbrio das relações jurídicas instou o legislador e os tribunais a criarem os meios de proteger a ‘parte mais fraca’ que, não obstante declaradamente livre, por conseguinte autônoma, com plena capacidade jurídica, e titular de ‘iguais’ direitos, se encontrava subordinada de modo irresistível a outra, por razões socioeconômicas.⁹¹

Portanto, dessa breve digressão história, percebe-se que o instituto do contrato não deve ser considerado apenas pelo prisma jurídico, como se constituísse uma realidade autônoma. Ao contrário, como adverte Paula A. Forgioni,

⁸⁸ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, mar. 2006, p. 726.

⁸⁹ “É este o fato: os países que ainda hoje não se integraram à corrente revisionista não chegam a dez. E os argumentos que alicerçam a anacrônica postura, em confronto com a realidade de nossos dias e das transformações a que, nas últimas décadas, vêm sendo submetidas às contratações, aos poucos vêm perdendo a solidez primitiva (*pacta sunt servanda*), consistência e justificativa, não só diante de uma irreversível desatualização conceitual e principiológica (a sociedade, as relações negociais, os tempos e os homens são outros e, conseqüentemente, outros são seus anseios e necessidades), como também pelos abalos estruturais profundos que, nas últimas décadas, vem sofrendo a autonomia da vontade em seus – até então – inabaláveis alicerces.” (BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 849, jul. 2006, p. 88).

⁹⁰ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, mar. 2006, p. 731.

os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.⁹²

A moderna teoria do contrato não enfraqueceu a autonomia privada, apenas deu-lhe outro enfoque para fortalecer a verdadeira liberdade de contratar entre as partes, mesmo havendo na maioria das vezes as desigualdades socioeconômicas, podemos afirmar que sem vontade autônoma e livre, não há contrato.

1.3.2 - Ambiente institucional

Os contratos devem ser considerados no ambiente que os circunda, condicionando-os. Não é possível desgarrar o negócio da realidade em que está inserto (chamada, pelos economistas, de “ambiente institucional”), tornando-o peça estéril de obrigações desconexas da realidade.⁹³

Mudanças ocorreram e serviram para influenciar substancialmente o papel do mercado e das relações económicas. Os acontecimentos históricos, como a Revolução Industrial e a introdução dos ideais capitalistas; o crescimento demográfico; os avanços tecnológicos e a globalização de mercados contribuíram para a ampliação das relações entre os indivíduos e entre países. Essas mudanças são, sem dúvida, responsáveis pelo aumento das operações económicas.

A vida económica desdobra-se através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses.

⁹¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 418.

⁹² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7.

⁹³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, sua causa.⁹⁴ Desse modo, “todo contrato é a veste jurídica de determinada operação econômica”.⁹⁵

O contrato é o instituto jurídico que serviu, e continua servindo, como meio de ligação entre duas áreas do conhecimento humano, sendo, por essa razão, objeto de exame tanto dos economistas quanto dos juristas. Em passagem do livro *O Contrato*, Enzo Roppo⁹⁶ relata que, se, por um lado, as operações econômicas há muito fazem parte da existência da civilização humana, o contrato, instituto posterior, reflete “a progressiva captura das operações econômicas por parte do direito”.⁹⁷

Segundo esse autor, a apreensão das relações econômicas pelo direito visa a “dar ao complexo das formas de circulação da riqueza um arranjo racional, não casual e não arbitrário”.⁹⁸ O que se evidencia de uma análise histórica das operações econômicas é sua crescente interseção com o contrato, tendo ocorrido um aumento da relevância dada pelos sistemas econômicos e ordenamentos jurídicos ao instituto contratual. Isso ocorreu em virtude da “multiplicação e complexidade das operações econômicas, por sua vez determinadas pela crescente expansão das actividades de produção, de troca, de distribuição de serviços”.⁹⁹

Orlando Gomes, antevendo as mudanças do instituto contratual – o qual passou a se estender no tempo, em oposição ao modelo clássico de contrato de troca, instantâneo –, já advertia que os estudos jurídicos voltados ao exame do contrato devem ser realizados com o auxílio de outros ramos da ciência, notadamente a Sociologia, a Política e a

⁹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 49, jul. 2010. p. 112.

⁹⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 15.

⁹⁷ Em verdade, as operações econômicas sempre existiram na sociedade, mas a importância da relação entre o direito e a economia não foi, desde o início, reconhecida. Só a partir do momento em que o Estado passa a regular e legislar sob aspectos econômicos é que esse vínculo começa a se estreitar e, aos poucos, fortalecer-se.

⁹⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 18.

⁹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 22.

Economia, demonstrando o “abandono da posição manualística assumida nos compêndios e cursos adotados nas escolas de ensino jurídico”.¹⁰⁰

Esta nova concepção do Direito dos contratos implica uma leitura jamais feita no mundo dos negócios jurídicos. Legislação, doutrina e jurisprudência movem-se para aperfeiçoar os limites da justa distribuição dos direitos e obrigações entre as partes. Nesta perspectiva, os contratos foram inseridos em um processo de reestruturação do seu equilíbrio econômico, o que leva a busca do estabelecimento de uma equivalência prestacional que assegura aos interessados, intrínsecos e extrínsecos, ao contrato, uma proteção objetiva da confiança e da boa-fé.¹⁰¹

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, o objetivo do contrato não é promover a igualdade das partes que celebram a avença. Ao contrário, o contrato se apresenta como instrumento útil na definição de uma “saída negocial” para aproximar duas partes que são completamente diferentes e que possuem interesses diversos e opostos.¹⁰² Dessa forma, o referido autor esclarece que

somente sendo diferentes e exercendo interesses opostos, as pessoas praticarão o contrato, como instrumento naturalmente destinado à *função específica* de realizar a circulação dos bens patrimoniais entre pessoas diferentes e que atuam com objetivos distintos no relacionamento jurídico estabelecido.¹⁰³

Desta forma, os contratos são utilizados como instrumentos para que os agentes econômicos alcancem os seus interesses dentro do mercado, do ambiente institucional. De outro modo, o desenvolvimento do mercado se dá por meio das relações entre os seus agentes econômicos, as quais se concretizam pela celebração de contratos. Assim, o mercado é identificado como um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos.¹⁰⁴

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11.

¹⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 177-178.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46.

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

¹⁰⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

Para compreender o mercado, necessário se faz entender os contratos que nele são firmados, o que leva necessariamente a análise dos sujeitos que os celebram. Um desses sujeitos é a empresa qual deve ser compreendida como um “*agente que se move nesse ambiente institucional*”; logo, “*existe somente por que age*”.¹⁰⁵

As empresas firmam “contratos com as mais diversas categorias de agentes econômicos: consumidores, Estado, trabalhadores e assim por diante”.¹⁰⁶ Dessa forma, havendo diferentes espécies de contratos, cada um apresentará “características específicas e, conseqüentemente, exigirá um tratamento jurídico peculiar”.¹⁰⁷

Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada, do contrário, reduz-se a compreensão de mercado. “A empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, e o faz principalmente por meio dos contratos. (...) ela revela-se nas *transações*. (...) a empresa é agente econômico”.¹⁰⁸

Por sua vez, essa sua ação é determinada, condicionada por um “conjunto de regras políticas, sociais e jurídicas que estabelecem as bases da produção, das trocas e da distribuição”.¹⁰⁹ Trata-se de um

conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos. [...] As “circunstancias negociais” são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos.¹¹⁰

Realmente, não mais se pode aceitar o contrato como mero instrumento de circulação de riquezas e aquisição de patrimônio, sem que se atenha, cada vez mais, à figura

¹⁰⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹⁰⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹⁰⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

¹⁰⁹ DAVIS, Lance; NORTH, Douglas C. *Institutional change and American economic growth*. Cambridge: Cambridge University, 1971, p. 6.

¹¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

dos contratantes, de modo a prestigiar a equilibrada distribuição de riquezas.¹¹¹ O Código Civil não definiu o contrato, limitando-se a formular o conceito de ato jurídico, de cujos elementos a doutrina se serve para estabelecer a seguinte noção legal: "o contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos".¹¹² Darci Bessone, afirma que "O contrato se inclui na categoria dos negócios jurídicos", constitui "acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial".¹¹³

Por sua vez, Orlando Gomes entende que contrato é um "acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais", isto é, trata-se de "negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial" ou, ainda, de "negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam".¹¹⁴

Diante dessa vagueza legislativa, surge a necessidade "de se distinguir hoje entre os contratos comuns, firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica, dos contratos entre empresas, e dos contratos dos particulares com as empresas"¹¹⁵, para que desse modo cada espécie de contrato seja corretamente compreendido, interpretado e, especialmente, cumprido.

Nesse sentido, podem-se identificar três espécies autônomas de contratos, a serem regidos por princípios que lhe são característicos e que expõem o seu campo próprio de atuação dentro do mercado, a saber: i) os contratos civis; ii) os contratos de consumo; e iii) os contratos empresariais. Para melhor compreender cada uma dessas espécies de negócio jurídico, faz-se necessário estabelecer as distinções das matérias que regulam esses contratos.

¹¹¹ SILVA, Gustavo Passarelli da. Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6136>>. Acesso em: nov. 2012.

¹¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. IV Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1917, p. 240.

¹¹³ BESSONE, Darcy. *Do Contrato - Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 5.

¹¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11.

¹¹⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 24.

1.3.3 - Distinção entre contratos interempresariais e contratos civis

Ao se tratar da diferenciação dos contratos relativos à matéria civil e comercial, observa-se que, apesar de o nosso país ter positivado um Código Comercial, esse, com o passar do tempo, foi perdendo seu espaço e autonomia em razão do entendimento cada vez mais compartilhado pelos juristas pátrios de que os assuntos pertinentes à prática comercial encontrava guarida no âmbito cível, havendo, inclusive, uma desatualização do Código Comercial.¹¹⁶ A unificação gradual dos dois sistemas trouxe consigo o descaso pela teoria geral dos contratos mercantis. Uma vez que coincidiam os regimes das obrigações civis e comerciais, não haveria mesmo razão para estudar separadamente os dois grupos de contratos, buscando singularidades no funcionamento e na disciplina de cada um deles. Justificava-se, tão-somente, o estudo individual dos tipos contratuais.

Para um melhor entendimento dessas espécies contratuais, é necessário compreender como se deu a evolução do tratamento que o direito privado brasileiro ofereceu ao direito das obrigações e aos contratos até a edição do Código Civil de 2002.

Sob a vigência do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850, o direito brasileiro oferecia tratamento dúplice às obrigações. Tanto o Código Comercial quanto o Código Civil apresentavam regras sobre as obrigações. Tal tratamento dual ocorreu primeiro pelo fato de o Código Comercial ter sido promulgado no Brasil antes do Código Civil. Tem-se o Código Comercial datado de 1850 e o Código Civil de 1916. Antes dos Códigos, éramos regidos por leis esparsas de Portugal e do Brasil Império. As regras relativas a obrigações foram incluídas no Código Comercial, pois nossa legislação civil da época era falha e desordenada. Para que os contratos comerciais tivessem uma fácil interpretação eram necessárias normas relativas ao direito obrigacional; segundo, porque as atividades comerciais, ao promover a circulação de riquezas, apresentavam diferenças de tratamento dignas de registro, a saber: simplicidade de formas, rapidez de sua aplicação, elasticidade de seus princípios.

¹¹⁶ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

Embora houvesse dualidade no tratamento das obrigações, o Código Comercial reconhecia o direito civil como a base do direito obrigacional ao dizer, em seu art. 121, que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. Após essa regra principal, apresentava alguns pontos da matéria em que o tratamento era diferenciado.

Nessa mesma linha de raciocínio de divisão das obrigações civis e comerciais, encontravam-se, também, os contratos, os quais eram classificados em civis e comerciais. Esses últimos eram assim considerados quando ao menos uma das partes na relação contratual fosse comerciante, o contrato objetivasse servir à atividade comercial, bem como o seu objeto fosse bem móvel ou semovente. Por outro lado, por exclusão, todos os demais contratos eram classificados como civis. Dito de outro modo, “são contratos civis aqueles firmados por qualquer pessoa e que não se enquadrem em quaisquer dos outros regimes jurídicos”.¹¹⁷

Apesar desse entendimento, alguns contratos, em razão do seu objeto, apresentavam disciplina em ambas às legislações civil e comercial. Como exemplo desses contratos pode-se citar os contratos de compra e venda, troca, locação, mútuo, depósito, gestão de negócio, seguro, fiança, penhor, mandato, comissão. Além disso, leis especiais passaram a oferecer regras para os novos contratos não regulados nas codificações.¹¹⁸

Diante dessas circunstâncias a manutenção de uma legislação dúplice, começou a perder a sua razão. Recorrendo a prática legislativa estrangeira, tal situação também não se sustentava, haja vista que países como a Suíça e a Itália, que também apresentavam duplo regramento sobre a matéria, optaram pela sua unificação.¹¹⁹ Em razão disso, tem-se, a partir de 2003, um novo Código Civil (que teve sua aprovação em 2002), que unificou o direito das obrigações, em sua integralidade. Surgiu, então, no direito brasileiro, um

¹¹⁷ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

¹¹⁸ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64.

¹¹⁹ MARTINS, FRAN. *Curso de direito comercial*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26.

só diploma legal regulando tanto o direito das obrigações como os contratos.¹²⁰ Diga-se mais, um só diploma legal a regular aqueles que eram classificados como contratos civis e comerciais.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, “o direito empresarial perde, sem dúvida alguma, sua autonomia legislativa, mas não deixa de ter autonomia substancial ou científica, por manter conteúdo original e próprio em relação aos outros ramos do direito”.¹²¹ Independentemente dessa fusão, a

unificação das normas do direito comercial às do direito civil, numa disciplina privatista geral, quer especificamente no campo das obrigações, quer de maneira geral, abrangendo toda a matéria, não apaga a profunda distinção existente entre essas normas, umas dizendo respeito e se destinando a regular as atividades das pessoas e dos bens e suas relações, envolvendo família e as sucessões, e outra referindo às atividades da produção e circulação de riquezas.¹²²

Ao concluir que o direito empresarial mantém sua autonomia, suas características e princípios, mesmo após a unificação do tratamento legislativo, defende-se a existência do conceito de contrato interempresarial ao lado do conceito de contrato civil. Não há como tratar de forma idêntica os contratos firmados por pessoas comuns, a fim de regular uma ou outra relação obrigacional, com os contratos firmados entre empresários no exercício de sua atividade econômica.¹²³

O direito civil é, no campo do direito privado, o direito comum que rege as relações entre particulares, sempre que estas não caiam sob domínio de uma lei especial.¹²⁴ No direito civil, portanto, preponderam as normas jurídicas reguladoras das atividades dos particulares e seus interesses individuais privados.¹²⁵

¹²⁰ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64.

¹²¹ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65-66.

¹²² BUGARELLI, Waldírio. *Direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.

¹²³ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

¹²⁴ WALD, Arnoldo. *Direito civil: Introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

¹²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

Estuda-se, nesse ramo do direito, de um lado, as relações puramente pessoais e, de outro, as relações patrimoniais, que são aquelas todas que apresentam um interesse econômico e visam à utilização de determinados bens. Assim, pode-se dizer que o direito civil regula as relações entre as pessoas e poderes que estas exercem sobre as coisas.¹²⁶

O direito civil é tido como o direito privado comum ou o direito privado geral, ou ainda, o direito privado por excelência. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

É ele bem mais do que um dos ramos do direito privado, pois encerra os princípios de aplicação generalizada, que se projetam em todo o arcabouço jurídico, e não restrita à matéria cível. Nele se situam normas gerais, como as de hermenêutica, as relativas à prova e aos defeitos do negócio jurídico, as concernentes à prescrição e decadência etc., institutos comuns a todos os ramos do direito.¹²⁷

Desse modo, os contratos tidos como civis serão aqueles cujas relações são regidas pelo direito civil. Na visão de Carlos Alberto Bittar “são aqueles que se desenvolvem na vida comum e em atividades definíveis como tal (prestação de serviços, agricultura, pecuária, enfim, de estruturação mais simples)”.¹²⁸

Os negócios jurídicos civis são mais formais que os contratos comerciais, geralmente documentados por meio de contratos e com solenidades próprias estabelecidas em lei.¹²⁹ Em suma, pode-se dizer que os contratos civis são aqueles regidos pelo direito civil e celebrado por particulares em situação de igualdade entre si.

De modo diverso, tem-se o Direito Comercial que cuida do exercício de empresa, tida esta como a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Seu objeto de estudo são os meios socialmente estruturados de superação de

¹²⁶ WALD, Arnoldo. *Direito civil: Introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

¹²⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 82.

¹²⁹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 83.

conflitos de interesses envolvendo empresários ou relacionados às empresas que explora.¹³⁰ Visa, portanto, a reger as relações entre empresários, os contratos interempresariais.

O direito comercial se aplica, então, às relações de natureza comercial, constituindo-se em um direito especial aplicável a tais relações.¹³¹ Nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos, o direito comercial:

É o ramo do direito privado que tem por objeto a regulação da atividade destinada à circulação e criação da riqueza mobiliária, seus instrumentos e a qualificação dos sujeitos dessas relações. É, perante o direito civil, ramo autônomo que se apresenta como direito especial, especialização esta decorrente das necessidades específicas das relações comerciais.¹³²

Nesse sentido, outro fator a diferenciar os contratos interempresariais dos civis é o fato de que naquele o lucro é almejado pela empresa como sua atividade profissional, finalística; enquanto que nesse, ainda que pretenda alcançar alguma vantagem econômica no negócio, não tem nisso a sua razão de ser.¹³³

Pode-se afirmar que, hodiernamente, o direito comercial cuida de toda e qualquer atividade econômica exercida com profissionalismo, intuito lucrativo e finalidade de produzir ou fazer circular bens ou serviços, e não somente do comércio, atividade precursora deste ramo do direito, desde a Antiguidade. É certo que essa espécie de negócio jurídico reúne elementos de distinção em relação aos demais contratos, em razão de sua execução continuada, de seus sujeitos e função.¹³⁴

Portanto, o direito comercial ou empresarial, cuida das relações empresariais, as quais, como já sustentado, desenvolvem-se por meio dos contratos, que, por sua vez, guardam peculiaridades próprias, características complexas e peculiares à vida

¹³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

¹³¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

¹³² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008, p. 50.

¹³³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 47

¹³⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.

empresarial, as quais serão abordadas mais a frente neste trabalho e que os diferenciam dos contratos ditos civis.

1.3.4 - Distinção entre contratos interempresariais e contratos consumeristas

Apesar da unificação do direito das obrigações, viu-se recentemente, a declaração de independência do direito do consumidor, uma vez que os assuntos atinentes a essas relações econômicas são regidos por princípios próprios. Logo, para que haja uma aplicação adequada dos institutos, a fim de bem regular as transações eventualmente estabelecidas, necessário se faz a sua separação em relação a outros campos de intercâmbio econômico que não guardem com ele as mesmas características.

A chamada sociedade de consumo tem seu início com o processo de industrialização, que passa a abastecer o mercado com produtos em massa, criando uma submissão caracterizada de um lado pelo consumidor e de outro pelo fornecedor. O primeiro, para atender suas necessidades de consumo, submete-se a toda e qualquer exigência formulada pelo segundo, o qual acaba por impor suas condições ao mercado. A sociedade de consumo é marcada, dessa forma, por uma constante desigualdade entre aqueles que contratam: consumidor – parte mais fraca da relação, e fornecedor – parte que impõe suas vontades na contratação.

Diante dessa realidade que se tornou mais explícita após a Revolução Industrial e que se tornou uma constante em todo o mundo ocidental, surge, no Brasil, em 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078), legislação protetiva do consumidor que tem por objetivo atender a um anseio constitucional,¹³⁵ restabelecendo o equilíbrio de forças que se espera em um contrato dessa natureza.¹³⁶ Nesse sentido sustenta Arnoldo Wald:

O direito do consumidor se caracteriza, pois, como um direito especial destinado a corrigir os chamados “efeitos perversos” da sociedade de

¹³⁵ Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹³⁶ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72.

consumo, restabelecendo uma igualdade jurídica que deve compensar a desigualdade econômica e mantendo, assim, o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes, que deve existir nos contratos comutativos, com base no princípio da boa-fé e da lealdade entre os contratantes.¹³⁷

Dessa forma, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na esfera contratual depende da existência de um contrato de consumo. Necessário se faz destacar os contratos de consumo dentre os demais contratos privados, que estão submetidos às normas do Código Civil ou leis especiais.¹³⁸

Para que se identifique um contrato como de consumo, imperioso que em um dos polos da relação esteja presente o consumidor e no outro, o fornecedor. Necessário, assim, conhecer o conceito de consumidor e fornecedor para que seja identificado o contrato em comento.

A definição de consumidor, no direito brasileiro, é oferecida pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, onde está disposto que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O dado importante que se extrai da definição de consumidor é o fato de se retirar determinado bem do mercado (destinatário final). A ênfase dada ao conceito de consumidor refere-se a sua posição na cadeia de circulação de riqueza por ele ocupada.

Outro ponto que chama a atenção é quanto aos sujeitos que podem se posicionar como consumidores, isto é, pessoas físicas ou jurídicas. Veja-se que o consumidor digno da proteção do Código de Defesa do Consumidor seria a pessoa física ou jurídica que adquire bens ou serviços para a satisfação de suas necessidades pessoais (destinatário final), não trespassando aqueles bens para terceiros, nem se valendo deles como instrumentos produtivos.¹³⁹

¹³⁷ WALD, Aroldo. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 8.

¹³⁸ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72.

¹³⁹ ALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Revisão judicial dos contratos entre empresários*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8953. Acesso em: nov. 2012.

Seguindo raciocínio semelhante está Filomeno que, após criticar nossa legislação consumerista por incluir as pessoas jurídicas no conceito de consumidor, ressalta que, apesar de tal previsão, elas só podem ser assim consideradas se forem consumidoras finais dos produtos e serviços que adquirem e não quando pretenderem utilizá-los como insumos necessários ao desempenho de atividade lucrativa.¹⁴⁰

Marques, ao tratar do conceito de consumidor na legislação brasileira, faz longa retrospectiva sobre a posição dos minimalistas, que o restringem e dos maximalistas que o ampliam, concluindo que a melhor interpretação do Código de Defesa do Consumidor é a finalista, afirmando que apenas a interpretação teleológica do artigo 2º terá o condão de estabelecer quem pode ser considerado consumidor para receber a tutela especial do Código. É nesse sentido que se posiciona Cláudia Lima Marques ao esclarecer que:

O destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.¹⁴¹

Conclui o referido autor que, em regra, estão subordinados à legislação consumerista os contratos celebrados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato firmado, não objetiva lucro, uma vez que o mesmo não diz respeito à sua atividade profissional, quer seja esta pessoa física ou jurídica.¹⁴²

No mesmo sentido Arnaldo Wald, ao afirmar que nosso Código de Defesa do Consumidor, ao incluir a pessoa jurídica no elenco dos consumidores, teve em mira

certas pessoas jurídicas de direito civil sem caráter empresarial, como as fundações e associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito

¹⁴⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998, p. 27.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 107, grifos originais.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 107.

comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas, tão somente, nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou de serviços utilizados, ou utilizáveis, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização.¹⁴³

O conceito encontrado no artigo 2º da legislação consumerista define para o mundo jurídico a figura do consumidor em sentido estrito. Contudo, ampliando ainda mais o conceito de consumidor, têm-se que observar a disposição do artigo 29 do mesmo diploma legal. Esse artigo caracteriza-se por ser uma disposição especial sobre o tema, uma vez que amplia o conceito de consumidor, a fim de estender o seu âmbito de proteção.

O respectivo dispositivo equipara a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas nos capítulos que tratam das práticas comerciais abusivas e da proteção contratual. Uma das interpretações que se extrai desse artigo é que ele permite que não consumidores se utilizem do Código de Defesa do Consumidor para extirpar do mercado práticas ou contratos abusivos, favorecendo, assim, a relação de consumo. “Trata-se de um processo de purificação do mercado por meio da utilização das regras do Código por não consumidores, ou melhor, por aqueles equiparados a consumidores por força do art. 29.”¹⁴⁴

Dessa forma, para que não consumidores se utilizem dessa disciplina, beneficiando-se da proteção do Código, é imprescindível que a prática comercial ou o contrato possa lesar consumidor. Deverão, portanto, ser eventuais práticas ou contratos que atinjam consumidores. “A proteção, em última análise, é do consumidor *stricto sensu*. Caso a prática ou contrato seja eminentemente empresarial, em hipótese alguma pode estar presente em um dos polos a figura do consumidor, pois, desta forma, estar-se-ia afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por força do art. 29.”¹⁴⁵

¹⁴³ WALD, Arnold. A Lei de defesa do consumidor - sua abrangência. In: *Lei de defesa do consumidor*. São Paulo: Cadernos do IBCB, n. 22, 1991, p. 57.

¹⁴⁴ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74.

¹⁴⁵ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.

Deve-se esclarecer, ainda, que o Código em apreço não se aplica àqueles que não adquirem o bem como destinatário final, isto é, não se aplica àqueles que adquirem bens de produção¹⁴⁶, ou melhor, insumos. É nesse sentido que se apresenta o Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito Comercial ao determinar que “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”.

A aquisição de bens ou serviços com o objetivo de utilizá-los em uma cadeia produtiva desqualifica a relação de consumo¹⁴⁷, requerendo a aplicação de regramento diverso, que será definido pela análise das partes que compõe a relação negocial. Tratando-se de contratos celebrados entre empresários, aplica-se o Direito Empresarial. Caso contrário, por exclusão, aplicar-se-á o Direito Civil.

O Código de Defesa do Consumidor não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um “destinatário final”, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço e via de regra não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas como de produção; o consumidor comum não o adquire.¹⁴⁸ Geraldo Camargo Vidigal entende que a empresa nunca será consumidora, pois os produtos serão sempre incorporados, seja material ou economicamente, ao produto ou serviços colocados no mercado.¹⁴⁹

Fábio Konder Comparato sustenta que quando a atividade primordialmente desenvolvida for a empresarial, aquele que a pratica não pode se valer da jurisdição consumerista.¹⁵⁰ O mesmo raciocínio é expresso por Antônio Herman Benjamin quando aponta que “adquirir para transformar ou revender não é, evidentemente, ato de consumo, no sentido

¹⁴⁶ MIGUEL, Paula Castello. Contratos entre empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 79.

¹⁴⁷ ALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Revisão judicial dos contratos entre empresários*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8953. Acesso em: nov. 2012.

¹⁴⁸ NUNES, Luiz Antônio. *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Artpress, 1991, p. 20.

¹⁴⁹ VIDIGAL, Geraldo Camargo. *A Lei de Defesa do Consumidor: sua abrangência*. São Paulo: IBDC, 1991, p. 16.

que lhe empresta o direito do consumidor. A aquisição que visa um fim profissional não é ato de consumo na acepção jurídica. Ato profissional apõe-se a ato de consumo”.¹⁵¹ Portanto, adverte Paula A. Forgioni:

É mesmo evidente que os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, porque estas últimas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários, sob pena de introduzirmos no corpo do direito comercial um inadequado “consumerismo” fadado à rejeição.¹⁵²

Outro ponto a ser considerado é de que apesar de existir diferenças econômicas entre os agentes (players), não será o direito do consumidor que tutelar as relações negociais entre empresários ou sociedades empresárias, mas sim o direito empresarial. Veja-se que a lógica do direito empresarial não pode e não deve ser aplicada, tal e qual, a relações jurídicas das quais participam terceiros que não sejam empresários. Por exemplo, as relações entre fabricantes e consumidores (inclusive para fins de proteção de mercado) são regidas por institutos diversos, em que se garante proteção para a parte tida como hipossuficiente. Em outras palavras, o direito empresarial não se presta a uma “consumerização”.¹⁵³

Entenda-se a hipossuficiência do consumidor como uma situação de vulnerabilidade que lhe é própria, haja vista a sua carência de informações e conhecimentos específicos sobre o bem ou serviço que deseja adquirir. Nesse sentido, a vulnerabilidade não deve ser compreendida como um princípio, mas como um pressuposto fático (o consumidor “é” vulnerável). A vulnerabilidade é, assim, um pressuposto fático e também um pressuposto normativo, quando atua na interpretação das regras do Código de Defesa do Consumidor.¹⁵⁴

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de direito mercantil*, v. 15-16, p. 90-91.

¹⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, , p. 77.

¹⁵² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 23.

¹⁵³ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 16.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith . Os campos normativos da Boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo.

Logo, torna-se evidente que os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, porque estas últimas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários, “sob pena de introduzirmos no corpo do direito comercial um inadequado ‘consumerismo’ fadado à rejeição”.¹⁵⁵ O estabelecimento do vínculo jurídico entre empresários, parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença.

O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa da em que se encontram. (...) O segundo é que a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função. (...) Enfim, (i) o contrato só é celebrado se as partes crêem que a situação dele resultante ser-lhes-á vantajosa e (ii) a contratação sempre se desenvolve tendo em vista determinado escopo ou, mais tecnicamente, a *função econômica* do negócio.¹⁵⁶

Entenda-se por “função econômica do negócio” o objetivo de lucro a que se pretende o empresário ao ingressar em uma atividade econômica. Esse escopo apresenta-se como mais um traço a diferenciar os contratos empresariais dos contratos de consumos, haja vista que naqueles o intuito de lucro é bilateral, o que condiciona o comportamento das partes, e, portanto, influencia a própria função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Já nos contratos consumeristas, “essa busca pelo lucro recai sobre uma das partes (a empresa fornecedora); nos civis, pode inexistir (como no caso da doação) ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento (locação, por exemplo).”¹⁵⁷

Desse modo, aplica-se às relações de consumo, isto é, “àquelas em que as partes não se colocam e não agem como empresa”,¹⁵⁸ o Direito do Consumidor, haja vista que

(Org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 395.

¹⁵⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218.

¹⁵⁶ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003, p. 10, grifos originais.

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46-47

¹⁵⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

a principal característica, hoje, a qualificar um contrato como empresarial é o fato de ambas (ou todas) as partes terem no lucro o escopo de sua atividade.¹⁵⁹ Logo,

contratos comerciais constituem hoje, sem dúvida, uma *categoria autónoma* ou classe ‘sui generis’ de contratos. Essa autonomia é formal – mormente, atenta a consagração legislativa de um elenco próprio e extenso de “contratos especiais de comércios” -, mas também substancial – sobretudo tendo em conta o crescimento exponencial das figuras contratuais mercantis, o seu relevo central no quadro da “práxis” contratual contemporânea, a densidade e a complexidade do respectivo quadro regulatório, bem assim como o actual recentramento do paradigma normativo e operativo de tais contratos em torno da empresa.¹⁶⁰

Hoje, os contratos comerciais são, essencialmente, “contratos de empresa”¹⁶¹ e, na visão de Engrácia Antunes,

representam um dos mais importantes, senão mesmo o mais importante, instrumento jurídico da actividade empresarial. É habitualmente através deles que os empresários dão vida e estruturam a respectiva organização de meios produtivos e patrimoniais, e é ainda inexoravelmente através deles que se processa posteriormente o exercício quotidiano da sua actividade económica em mercado: por outras palavras, o nascimento e a vida das empresas realizam-se essencialmente através de actos jurídicos que revestem a forma de contratos. Em termos gerais, e a benefício de precisões ulteriores, por contratos comerciais entenderemos assim aqui *os contratos que são celebrados pelos empresários no âmbito da sua actividade empresarial*: a intervenção de um empresário no contrato (designadamente, como uma das partes contratantes) e a pertinência desse contrato à constituição, organização ou exercício da respectiva actividade empresarial, são assim os elementos caracterizadores ou qualificadores da comercialidade de um contrato.¹⁶²

Paula A. Forgioni atenta para o fato de que, a consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos comerciais à sua “redescoberta” como categoria autónoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista.¹⁶³ Portanto, “torna-se premente *resgatar* os contratos comerciais para

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

¹⁶⁰ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 85, grifos originais.

¹⁶¹ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 39, grifo original.

¹⁶² ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 39-40, grifos originais.

¹⁶³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.45.

impedir sua absorção pelo consumerismo e, conseqüentemente, o aviltamento da racionalidade própria ao direito empresarial”.¹⁶⁴

Assim, os contratos, quando celebrados entre empresários, isto é, entre pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade econômica organizada podem ser chamados de contratos empresariais. Em outras palavras, trata-se de contratos celebrados apenas entre empresários, no exercício de sua atividade empresarial, regulados pelo Direito Empresarial.¹⁶⁵

Feitas essas diferenciações, necessário se faz, no desenvolvimento do raciocínio proposto, a apresentação das regras e características gerais aplicáveis a todo e qualquer contrato e, na seqüência, das regras e princípios que identificam os contratos ditos empresariais, a fim de lhes conferir um caráter de unicidade, bem como reforçar a sua posição de categoria independente no mundo jurídico.

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

¹⁶⁵ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Revisão judicial dos contratos entre empresários*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8953. Acesso em: nov. 2012.

2 – PECULIARIDADES DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

2.1 – *Parâmetros de aplicação geral aos contratos*

Ao que pese o entendimento de Paula Castello Miguel no sentido de não existir uniformidade de desígnios na regulação dos contratos interempresariais, pode-se, ao contrário, apontar determinados princípios que são a eles inerentes ou que, ao menos, sirvam de norte para a interpretação da matéria, para dessa forma se buscar uma harmonização das regras legais, oferecendo, portanto, diretrizes ao operador do direito.¹⁶⁶

Quanto aos contratos interempresariais, expõe a referida autora que “ora são mantidos os postulados da fase liberal, a liberdade contratual; ora protege-se o polo mais fraco da relação contratual, ora são oferecidos mais poderes ao polo mais forte”.¹⁶⁷ Independentemente desse raciocínio, ao se tratar de contratos dessa natureza (empresariais), o intuito a ser alcançado é o de se buscar uma interpretação que sirva ao melhor funcionamento possível do mercado, catalisando o fluxo de relações econômicas mediante a diminuição dos custos de transação, aumentando o grau de segurança e de previsibilidade a partir do respeito à boa-fé, à confiança, à proteção da legítima expectativa da contraparte, conforme a racionalidade jurídica, objetivos estes que se confundem com a própria função principal do direito comercial.¹⁶⁸

Cabe esclarecer, todavia, que, não obstante a legislação em matéria de contratos empresariais vigorar paralelamente com as normas de natureza cível e não ter o Código Civil de 2002 solucionado a questão da sistematização em um único instrumento legislativo, os princípios próprios à disciplina geral dos contratos nele prevista são igualmente

¹⁶⁶ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 100.

¹⁶⁷ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 100.

aplicáveis aos contratos empresariais, a saber: a) da autonomia privada, b) da liberdade contratual, c) da força obrigatória (*pacta sunt servanda*), d) da relatividade das convenções, e) do equilíbrio contratual, f) da boa-fé objetiva; e g) da função social do contrato, sendo que alguns doutrinadores ainda se referem ao princípio do consensualismo, no qual basta o acordo de vontades para que o contrato se aperfeiçoe.¹⁶⁹

A celebração de um contrato parte de um elemento fundamental inerente a qualquer ser humano, isto é, a liberdade. Decidindo-se por celebrá-lo, aquele que dele participa tem o condão de determinar o seu conteúdo, as obrigações que pretende assumir, bem como a conduta que irá tomar na execução da avença. Claro que todas essas ações não são tomadas de modo unilateral, mas sempre aliada à vontade da outra parte. É a autonomia da vontade que atribui aos contratantes esse poder de decidir os elementos que compõem o contrato.¹⁷⁰

Portanto, pode-se sustentar que a autonomia privada consiste no poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo na criação, modificação ou extinção de relações. Na visão de Emilio Betti, “a manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares”.¹⁷¹ Essa autonomia se configura como um meio das partes se auto-regularem, de modo direto, individual, concreto, de determinados interesses pessoais, efetivado pelos próprios particulares interessados, que criam normas jurídicas aptas a gerar vínculos entre eles.¹⁷²

Todavia, concomitantemente ao fato de o mercado, para manter sua existência e seu natural desenvolvimento, exigir a formalização de novas transações, o ordenamento jurídico reclama a legalidade do objeto contratual. Dessa forma, “as contratações

¹⁶⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

¹⁶⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

¹⁷⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil: teoria geral e contratos em espécie*. 2.ed. São Paulo: Método, 2005, p. 48/49.

¹⁷¹ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 82.

¹⁷² BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 82.

dão-se dentro dos limites postos pelo ordenamento estatal; o mercado é enformado pelas regras exógenas e não por suas próprias determinações”.¹⁷³

É certo, dentro desse contexto, que o autodeterminismo dos interesses particulares conferido pela autonomia privada, em que as pessoas podem livremente exercer suas escolhas e criar regras adequadas à satisfação de seus próprios interesses, tem sido flexibilizado e aplicado de forma reduzida, devendo ser compatibilizado e interpretado em consonância com o princípio da solidariedade social,¹⁷⁴ bem como com outros parâmetros interpretativos que emanam de um mandamento supralegal.

A ordem jurídica brasileira é, após 1988, estruturada a partir da carga principiológica e axiológica que emerge da Constituição Federal.¹⁷⁵ Dito de outro modo, “é da Constituição que emanam os princípios gestores do ordenamento jurídico”.¹⁷⁶ Dessa forma o “ordenamento jurídico infraconstitucional se fundamenta e se interpreta validamente a partir da norma constitucional, com a função instrumental de concretização dos princípios gestores e direitos fundamentais”.¹⁷⁷

Nesse sistema, prestam-se as normas infraconstitucionais a cumprir a função designada pela ordem constitucional, vale dizer, estão os âmbitos de atuação do direito direta e estritamente vinculados aos mandamentos constitucionais. Trata-se de decorrência do advento do Estado Social, que traz consigo o repensar do Direito, seja ele material ou instrumental. Tem-se, por um lado, no âmbito do Direito Civil, o rompimento com o modelo liberal

¹⁷³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

¹⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Princípios do direito comercial*. Disponível em <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 05 set. 2011.

¹⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano 48. n. 190. abr/jun. 2011, p. 8. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>>. Acesso em: nov. 2012.

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano 48. n. 190. abr/jun. 2011, p. 9. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>>. Acesso em: nov. 2012.

¹⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano 48. n. 190. abr/jun. 2011, p. 10. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>>. Acesso em: nov. 2012.

patrimonialista, em favor do interesse social e coletivo e da sobrevalência da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁸

As transformações sociais, ideológicas, econômicas e políticas e mesmo até tecnológicas exigiram do legislador uma preciosa técnica especial de adaptação das normas de maneira a evitar-se que o direito seja exercido, contrariamente à sua finalidade social, contendo-se e coibindo-se abusos e excessos. Daí porque o rigor positivista não é mais hábil a ser praticado.¹⁷⁹

A Constituição Federal, ao inaugurar em nosso ordenamento a concepção solidarista de Direito, revelou a crise da autonomia privada e produziu o fundamento para a superação do modelo individualista clássico. Nesse sentido, a expressão da vontade individual não pode servir apenas aos interesses do sujeito desconectado da sociedade na qual se insere, mas, ao revés, deve atender e respeitar o programa funcional e principiológico estampado na Constituição Federal de 1988. Seguindo esse entendimento José de Oliveira Ascensão sustenta que em “toda a sociedade deve haver uma solidariedade que implique que a atuação de cada um tenha reflexos positivos na ordem global”.¹⁸⁰

Assim, a autonomia da vontade, à luz dos princípios e garantias constitucionais, somente pode ser lida e reconhecida como elemento formador da justiça distributiva, da sociedade solidarista e da garantia de cooperação entre os sujeitos para a materialização dos fins sociais previstos na Constituição.¹⁸¹

A liberdade, princípio gestor das relações sociais, não mais pode significar, na ordem constitucional vigente, o espaço da ausência de responsabilidade. Ao contrário, o plano da autonomia da vontade, se antes tido como cenário fechado a qualquer interesse coletivo, passa a refletir, em si, a necessária adequação com o solidarismo imposto pela ordem

¹⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano 48. n. 190. abr/jun. 2011, p. 8-9. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>>. Acesso em: nov. 2012.

¹⁷⁹ LEITE, Gisele. *Evolução doutrinária do contrato*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/REV_86/artigos/GiseleLeite_rev86.htm. Acesso em: out. 2012.

¹⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução à teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 15.

¹⁸¹ FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano 48. n. 190. abr/jun. 2011, p. 11. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>>. Acesso em: nov. 2012.

constitucional.¹⁸² Trata-se, desse modo, de uma evolução, na qual o Direito busca assumir uma função social e, com o intuito de estimular a prosperidade, a geração de riquezas e o desenvolvimento da sociedade, zela pela proteção do indivíduo, inibindo eventuais abusos.¹⁸³

Essa denominada autonomia privada, no sentido de esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, confere ao particular, enquanto legislador de seus próprios interesses, um espaço para o exercício de sua atividade jurídica, em especial no campo dos negócios jurídicos, dos quais o contrato é seu maior exemplo.¹⁸⁴ Frente a essas considerações, observa-se que as partes, ao celebrarem o contrato, concretizam o poder jurídico de normatizar as relações jurídicas, determinando o conteúdo e os efeitos por elas desejados (liberdade contratual). Contudo, nas palavras de Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, “a validade do ato negocial decorre da margem de liberdade concedida pela lei aos particulares para a autorregulamentação de seus interesses, e estão subordinadas aos limites legais estabelecidos”.¹⁸⁵

Ademais, cabe acrescentar que o estágio atual do contrato tem como principal intuito a busca pelo equilíbrio contratual e a sua conservação. O primeiro objetivo visto como um princípio e também denominado de equivalência material,

tem como principal enunciado a busca e manutenção da justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações.¹⁸⁶

¹⁸² FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano 48. n. 190. abr/jun. 2011, p. 10. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>>. Acesso em: nov. 2012.

¹⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Princípios do direito comercial*. Disponível em <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em: set. 2011.

¹⁸⁴ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Liberdade e direito privado. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (Coleção Perspectivas de direito privado; v. 1), p. 21.

¹⁸⁵ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do Código Civil de 2002. *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*. a. V. n. 9. nov. 2004. Disponível em: <http://vmladvogados.wordpress.com/2011/02/17/autonomia-da-vontade-autonomia-privada-e-livre-iniciativa-uma-visao-sob-a-otica-do-codigo-civil-de-2002/>. Acesso em: mai. 2012.

¹⁸⁶ BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo: *Novo código civil*:

Já o segundo, princípio da conservação dos contratos, concerne ao aproveitamento tanto quanto possível de suas cláusulas, sendo preferível sua revisão, buscando o seu equilíbrio e mantendo-o enquanto possível, ao invés de buscar sua extinção e posterior reparação pelos danos sofridos pela parte eventualmente lesada.¹⁸⁷

Portanto, como se pode observar, na Teoria Contratual Contemporânea, os princípios da autonomia da vontade (privada), da liberdade contratual e da obrigatoriedade contratual (*pacta sunt servanda*) passam a ter a sua aplicabilidade reduzida, com parâmetros de interpretação definidos pela lei. Além disso, devem esses mesmos princípios ser conformados a outros, que passam a conviver com eles, tais como o da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, chamados princípios sociais do contrato¹⁸⁸, os quais se passam a analisar mais detidamente.

2.1.1 - Dignidade humana

Todas as relações contratuais, sejam de qual natureza for, são influenciadas pelo direito constitucional, que penetra nas relações privadas por meio de seus princípios, fundamentos e objetivos. Essa influência axiológica do Texto Maior nas relações privadas inspirou a socialização do direito das obrigações, mais especificamente dos contratos. Esse fenômeno que expressa uma evolução do direito contratual está inserido em um movimento mais amplo denominado pela doutrina de “constitucionalização do direito civil”.¹⁸⁹

Assim, se inicialmente o papel da Constituição estava adstrito à delimitação do poder político e a consagração dos direitos de 1º geração, surge a necessidade, diante do quadro de transformações anteriormente explicitadas, da atuação do Estado no domínio

questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. IV. São Paulo: Método, 2005, p. 56.

¹⁸⁷ BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo: *Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. IV. São Paulo: Método, 2005, p. 56.

¹⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Princípios do direito comercial*. Disponível em <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em: set. 2011.

¹⁸⁹ A concepção constitucional do direito civil reflete uma tendência moderna de reinterpretar o direito privado tendo-se em vista os valores e princípios inseridos na maioria das Constituições atuais. Este processo é fruto de

econômico, dando nascimento ao chamado Estado Social. Percebe-se, com isto, a inserção de outras matérias no bojo das Constituições, que têm seus conteúdos ampliados, retratando uma “tendência mundial de centralização do ordenamento jurídico por inteiro na ordem constitucional”.¹⁹⁰

A partir desta constatação, não mais subsiste razão para a antiga e rígida dicotomia entre direito público e privado, uma vez que ambos devem integrar-se e complementar-se para a consecução dos objetivos e valores com sede constitucionais, com destaque, por sua maior relevância, à dignidade da pessoa humana, então

a partir da Constituição Italiana nasce um novo foco: o ser humano passou a ser o centro do ordenamento jurídico. Passou-se então a valorizar o homem não como agente propulsor do capitalismo e da dinâmica das relações jurídicas - mas sim como ser humano em suas relações internas. Protege-se o indivíduo enquanto indivíduo.¹⁹¹

O direito pátrio, por sua vez, não permaneceu alheio a esta nova realidade, principalmente, após a promulgação da Constituição de 1988, que conduziu a uma releitura do ordenamento jurídico a partir da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, “princípio matriz de todos os direitos fundamentais”¹⁹², o que trouxe profundas alterações em diversas áreas do direito.

A edição de um novo texto constitucional sedimentou, no Brasil, o Estado Democrático de Direito e provocou profundas alterações ao trazer em seu corpo preceitos sobre institutos que formam os pilares do direito privado, como família, a propriedade e os contratos.¹⁹³ A Constituição trouxe em seu bojo um acordo de vontades de

uma maior preocupação com os direitos humanos e individuais em decorrência, principalmente, do encerramento da segunda guerra mundial.

¹⁹⁰ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: Lotufo, R. (Coord.). *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, caderno 2, p. 163.

¹⁹¹ POPP, Carlyle. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – A proteção contratual no direito brasileiro. *Direito civil Constitucional*, caderno 1, 1999, p. 161.

¹⁹² FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

¹⁹³ Observa-se que tais assuntos, além de serem, historicamente, objeto do direito privado, até então eram tratados por leis infraconstitucionais. “Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil

uma sociedade que vive de forma democrática em um Estado comprometido com a promoção dos direitos fundamentais. Por isso, representa um “conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduz o tipo ordenado com o qual se opera”.¹⁹⁴

Ocorreu, assim, a evolução¹⁹⁵ da teoria constitucional, especialmente pelo reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais e pela presença de tipo aberto, que permite a valoração do intérprete de acordo com a situação, bem como por aperfeiçoar o controle de constitucionalidade e valorizar a jurisdição constitucional.¹⁹⁶ Desse modo, no Estado Democrático de Direito aconteceu a abertura do sistema jurídico¹⁹⁷, momento em que os princípios passam a ser vistos com caráter normativo, inclusive sendo aplicados com prioridade sobre normas específicas, pois, em, “tal estruturação sistemática, eles são precisamente a ponte entre o sistema social e o sistema jurídico, e não mais apenas um recurso de manutenção do sistema como um sistema fechado, completo e avalorativo”.¹⁹⁸

clássico: Na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem); e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva)”. RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 11-12.

¹⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

¹⁹⁵ “É preciso, pois superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não autoaplicáveis. Toda a regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas públicas e privadas”. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.224.

¹⁹⁶ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51-53.

¹⁹⁷ Explica Bodin de Moraes que “a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e legislação infraconstitucional. No sistema aberto, portanto, as funções atribuídas aos princípios não mais se compadecem com uma restrição à sua eficácia normativa, como aquela que os limitava a operar como fonte supletiva de integração do ordenamento jurídico”. BODIN DE MORAES, Maria Celina, no Prefácio da obra de NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 4-5.

¹⁹⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 146.

Desse modo, a Constituição de 1988 passa a ser o centro reunificador do direito privado que se encontrava de forma dispersa em leis extravagantes, microssistemas, vez que o Código Civil de 1916, elaborado sob a ideologia liberal e concebido como um sistema fechado e autossuficiente restara superado desde pouco tempo depois do início da sua vigência.

Especificamente em relação ao direito contratual, constata-se que a disciplina dispensada a este pela atual Constituição, apresenta-se de forma mais bem elaborada e humana. Em decorrência disto, ainda que o contrato seja instrumento por excelência das transações privadas, estará o interesse particular condicionado à realização do interesse social.

A supremacia do interesse coletivo em detrimento do individual justifica-se, pois a construção de uma sociedade livre, justa e solidária põe-se como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, I). Além disso, acrescenta-se à realização de outros valores como a dignidade da pessoa humana que foi erigida à categoria de princípio fundamental (CF, art. 1º, III), a valorização social do trabalho e a livre iniciativa (CF, art. 1º, IV) e a função social da propriedade (CF, art. 170, III).

Poder-se-ia pensar que a Constituição encerra em seu bojo uma grande antinomia, vez que opta claramente pelo modelo de produção capitalista, tendo em vista o resguardo da livre iniciativa – que compreende a de empresa e a de contrato – e da livre concorrência. Porém, a liberdade econômica não vigora mais de maneira ampla, absoluta e irrestrita, devendo obedecer aos ditames constitucionais. Bartolomei sustenta que "a iniciativa econômica é livre. Ela não pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de uma forma que possa acarretar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana".¹⁹⁹

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estipulado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e pode

¹⁹⁹ BARTOLOMEI, Franco. *La Dignità Umana come Concetto e Valore Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1987, p. 20/30. A Constituição brasileira tem disposição semelhante no art. 170 onde fica clara que um dos objetivos da livre iniciativa é garantir a todos uma existência digna. Em síntese significa dizer que a liberdade negocial é limitada às hipóteses de preservação da dignidade humana.

ser considerado um princípio maior, fundamento do Estado²⁰⁰, que gera efeitos sobre todos os outros princípios e regras. Isso porque ter dignidade é possuir o mínimo para uma vida digna. Um mínimo não apenas patrimonial, mas um mínimo de todos os direitos fundamentais relacionados pela Constituição. A dignidade da pessoa humana, nas palavras de Cláudio Ari Mello, “não é apenas fundamento da República, como é também valor-fonte básico do próprio sistema constitucional de direitos fundamentais”.²⁰¹

Tal princípio pode ser classificado como núcleo dos direitos da personalidade ou como valor fundamental.²⁰² Os direitos da personalidade são atributos inerentes a toda pessoa e estão elencados na Constituição Federal de 1988 entre os direitos fundamentais. O Código Civil de 2002, dando um passo à frente, incluiu nos artigos 11 a 21, capítulo II, da parte geral, a tutela desses direitos. A dignidade da pessoa humana, sob esse aspecto, para Nelson Rosendal, seria o núcleo dos direitos da personalidade, havendo entre os dois conceitos profunda ligação, formando-se valores indissociáveis. “Com efeito, a dignidade é o coração dos direitos da personalidade e elemento capaz de justificar a existência de uma teoria que os unifique”.²⁰³

A dignidade, como valor fundamental, na medida em que tutela a personalidade, condiciona e conforma todo o ordenamento jurídico. Esse é o entendimento expresso por Gustavo Tepedino ao apontar a dignidade como “um princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública”, isto é, capaz de adequar a atividade econômica aos valores existenciais e sociais definidos na Constituição.²⁰⁴ As cláusulas gerais funcionam como comunicadores dos valores constitucionais aos direitos privados e a boa-fé objetiva é a maneira de se concretizar a dignidade da pessoa humana no direito das obrigações:

²⁰⁰ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

²⁰¹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 81.

²⁰² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31.

²⁰³ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 4. n.17, out./dez. 2005, p. 234. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-outubro-dezembro-de-2005/direito-civil-e-ordem-publica-na-legalidade-constitucional/>. Acesso em: out. 2012.

O princípio da boa-fé atuará como modo de enquadramento constitucional do Direito das Obrigações, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual, mais não é que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito negocial.²⁰⁵

A boa-fé objetiva, sendo um princípio que regulamenta as relações contratuais, levando as partes a agirem com lealdade, honestidade, sem prejudicar o outro, concilia-se com a dignidade da pessoa humana. “Esta junção boa-fé + dignidade é responsável, também, pelo retorno ao sistema jurídico de um valor substancial: a ética”.²⁰⁶

Em suma, a concepção de dignidade humana implica a obrigatoriedade de pautar-se em conduta honesta para tratar de qualquer negócio jurídico, seja para com o outro contratante, ou para quem pode ser mediamente afetado pelo comércio em operação. Referida conduta requer agir com honestidade e transparência, pois é por meio deste comportamento, potencialmente previsível, que se dá ou concebe os indícios e os caracteres de confiança, cujo atributo se faz indispensável para conclusão de qualquer contrato no âmbito do comércio jurídico.

No âmbito do direito das obrigações, constitui-se em pressuposto genérico de validade das relações jurídicas negociais²⁰⁷, total ou parcialmente²⁰⁸, o respeito à dignidade da pessoa humana²⁰⁹, seja de alguma pessoa em especial, seja do ser humano genericamente.

²⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

²⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 179.

²⁰⁷ O desrespeito efetivo a tal princípio implica em nulidade da obrigação ou da cláusula violada, aplicando-se os esforços de integração e interpretação.

²⁰⁸ Capelo de Sousa deixa claro que são “nulas as cláusulas dos actos ou negócios jurídicos em que uma das partes se sirva abusivamente das condições gerais e negociais e da sua posição social para impor à outra uma situação de facto lesiva da sua dignidade humana”. (SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Editora Limitada, 1995, p. 292)

²⁰⁹ “El Derecho de contratación, como el Derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del particular, lo cual no puede dar sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales” (BRIZ, Jaime Santos. *Los Contratos Civiles - Nuevas Perspectivas*. Granada: Comares, 1992, p. 4).

A presença deste princípio, no caso concreto, dá-se pela visualização da boa fé objetiva, verdadeiro cerne da dignidade no âmbito negocial.²¹⁰

Dessa forma, ao direito contratual, sob o influxo dessa perspectiva constitucional que conduz o ser humano ao centro do sistema jurídico, passa a ser incorporado outros valores que dão origem a novos princípios que, na medida do possível, interagem com os princípios contratuais clássicos, perseguindo não apenas a satisfação individual, mas atendendo a uma necessidade de realização social.

2.1.2 - Função social do contrato

A autonomia privada e o dogma da vontade individual dos contratantes, como já fora abordado, foram flexibilizados a fim de dar espaço à admissão de que o contrato também encerra uma dimensão social, a qual vai além da esfera jurídica das partes e, mais, resulta de fontes que, a rigor, não se circunscrevem somente ao quanto declarado no ajuste.²¹¹ Quando se tem em mente o princípio da livre iniciativa este “há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a Justiça Social e com o bem-estar coletivo”.²¹²

Essa ideia de Justiça Social encontra-se presente quando a Constituição revela seus objetivos fundamentais em seu artigo 3º.²¹³ Nestas finalidades precípuas percebe-se, claramente, a presença da liberdade de iniciativa, pois não se pode negar que construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; bem como promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, passam por um necessário desenvolvimento econômico e este somente pode ser alcançado, de forma democrática, através da liberdade de iniciativa.

²¹⁰ Uma das formas de expressão da dignidade é através da solidariedade constitucional prevista no art. 3º, I da carta magna.

²¹¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

²¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 665.

²¹³ VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 161.

Com a alteração da posição econômica do Estado, dando o liberalismo vez a um Estado Social, "em lugar da vontade, tem surgido um elemento estranho à composição original: o interesse social. E assim o suporte fático do contrato se torna mais complexo, cheio de elementos necessários à sua complementação".²¹⁴

O contrato, sem perder sua funcionalidade enquanto instrumento de circulação e geração de riquezas, volta-se também para a geração do bem comum e a satisfação dos interesses da sociedade. De um lado, o homem, dependente que é da produção de riquezas, sente necessidade de satisfação de suas necessidades e caprichos e, ciente de que, sozinho, a tarefa de alcançar todos os bens materiais e imateriais será demasiadamente árdua, entretém relações negociais com outros indivíduos, por intermédio do contrato.²¹⁵

O Novo Código Civil brasileiro tem, em seu artigo 421, a afirmação de que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". De acordo com Reale, a função social do contrato seguirá o princípio da função social da propriedade, na qual conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas toda a coletividade.²¹⁶ Veja-se, nesse pensamento, a mudança de paradigma do contrato, migrando de um entendimento individualista, para uma interpretação coletivista.

Esse novo artigo do Código Civil tem sido interpretado de diversas formas, uma delas é que ele proporciona a redução da garantia para os que firmam contratos, porém, Reale afirma que a nova Lei Civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser cumprido. Segundo ele, o que o imperativo da "função social do contrato" estatui é que ele não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros.²¹⁷

As modificações na concepção liberal decorreram da necessidade de que a autonomia da vontade não fosse utilizada como forma disfarçada de

²¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O Contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 88.

²¹⁵ USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 30.

²¹⁶ REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. 2004. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: out. 2012.

²¹⁷ REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. 2004. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: out. 2012.

consagrar o poder do forte sobre o fraco. Assim, preservar a igualdade das partes, bem como o real querer delas, é função inafastável do Estado legislador, até porque "o interesse fundamental da questão da função social está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidade, atentatórias de valores de justiça, que igualmente têm peso social (sic)".²¹⁸

Observa-se, assim, que a Lei Civil foi além do aspecto interno do interesse das partes pelos efeitos reconhecidos aos contratos, pois apresenta a palavra função não isoladamente, mas ligada a um adjetivo, *social*. "É com esta objetivação que o referido artigo da legislação civil faz menção ao elemento de limitação da liberdade contratual, não como simples função do instituto, mas prevendo-a e qualificando-a como função social".²¹⁹

A função social, portanto, subverte o princípio da relatividade, impondo deveres contratuais que extrapolam a avença negocial, tornando o respeito à disciplina contratual oponível a terceiros e, de outro lado, determinando que os contratantes respeitem os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato.²²⁰

O disposto no art. 421 do Código Civil mitiga o princípio que informa que o contrato é entabulado apenas para gerar efeitos entre as partes, na medida em que dirige sua preocupação para os terceiros (sociedade em geral) que, embora não participando da avença, de um modo ou de outro, podem ter que suportar seus efeitos.²²¹ Funciona, portanto, como um limitador da vontade das partes, para que a justiça social e o bem comum sejam alcançados.²²²

Há autores que sustentam que os efeitos externos dos negócios sobre a sociedade em geral é a regra e não a exceção. Nesse sentido, Paula A. Forgioni nos esclarece que

²¹⁸ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81/82.

²¹⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR; Irineu. *Teoria Geral dos Contratos*: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 23, grifo original.

²²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

²²¹ VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (Coleção Perspectivas de direito privado; v. 1), p. 429.

²²² MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150.

por mais estranho que possa parecer aos olhos positivistas, a produção externa de efeitos pelos negócios – sejam benéficos, sejam prejudiciais – é a regra, e não a exceção. Quando uma pessoa acorda com outra a venda de precioso selo, priva terceiro daquele bem que poderia, eventualmente, interessar-lhe. A abertura de nova pizzaria abalará outras já instaladas na mesma região. A compra de um automóvel é capaz de gerar o aumento da poluição. Contratos de transferência de tecnologia interessam à nação. O pagamento de royalties a empresas estrangeiras traz efeitos sobre a balança comercial do país, envolvendo a todos nós. O licenciamento exclusivo de uma patente de remédios pode mostrar-se questão de saúde pública. Os exemplos de efeitos externos dos contratos são inúmeros.²²³

Na mesma linha argumenta Paula Castello Miguel, haja vista que

na sociedade atual, em razão da massificação das relações contratuais e a conseqüente despersonalização do contratante, o contrato é global e afeta a todos indistintamente, não somente as partes contratantes. Discorre Eduardo Sens dos Santos que “o contrato como fato social e econômico que é, tem efeito cascata”. À proporção que o contratante imediatamente é lesado, toda a comunidade sente os prejuízos; da mesma forma, quando ambas as partes são beneficiadas pelo pacto, a vantagem é comum. Por esses motivos, não se pode observar o fenômeno apenas sob o prisma de contratante e contratado, pois o contrato passou a ser uma instituição social – os bons contratos, que promovam desenvolvimento econômico e social, são de interesse de toda a sociedade.²²⁴

Para essa autora, a função social do contrato deve ser entendida a partir de dois elementos: i) a observância do equilíbrio contratual, que se revela na harmonia entre prestação e contraprestação e visa a garantir a justiça contratual; e, ii) o atendimento do bem comum, trazendo benefícios para a sociedade em que está inserido.²²⁵ Nesse sentido, o atendimento ao bem comum virá a partir da proteção do contratante vulnerável.

Estando-se diante de uma contratação entre desiguais, em que uma das partes se encontra em situação de vulnerabilidade, há necessidade de, por meio da fiscalização do cumprimento da função social do contrato, protegê-la, a fim de que seja mantido o equilíbrio contratual. Por outro lado, abre-se a possibilidade de, tratando-se de contratos interempresariais, por exemplo, firmados entre iguais, não ser necessário cumprir uma das

²²³ FORGIONI, Paula A. *Evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

²²⁴ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

²²⁵ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

facetas da função social do contrato, qual seja a garantia do equilíbrio contratual, restando, porém, buscar ao máximo o alcance do bem comum.²²⁶

A aplicabilidade de um princípio como o da função social do contrato não será homogêneo *vis-a-vis* um contrato empresarial e outro do direito comum. Vale dizer, identificar a função social nem contrato empresarial será uma tarefa diferente da identificação da mesma num contrato comum.

A concomitância de princípios reconhecíveis às relações contratuais faz com que a liberdade que é limitada por princípios como o da função social, da maneira como tais princípios são emoldurados na redação do art. 421. Por outro lado, tanto a liberdade de contratar é diferente sob a ótica dos contratos comuns e empresariais – **vide** a norma do art. 54 da Lei nº 8.884/1994 – como também a sua função social.²²⁷

Enfim, o que se deve ter em mente é que no sistema atual, a função social amplia, para o domínio do contrato, a noção de ordem pública. Os legítimos interesses individuais merecem tutela na medida em que interesses socialmente relevantes venham a ser igualmente tutelados.²²⁸ Logo, a função social pode ser compreendida como razão primeira a orientar a liberdade de contratar, não merecendo, conseqüentemente, tutela do ordenamento o negócio jurídico que desrespeite a função social.

2.1.3 – Respeito aos usos e costumes

A tipificação social de contratos também tem origem nos usos e costumes, transformando negócios livremente encetados pelos agentes econômicos em tipos socialmente reconhecidos.²²⁹ Os usos e costumes são fonte de direito em constante atividade. O ordenamento estatal ao admitir em seu seio, como vinculantes, as normas produzidas pelos agentes econômicos. Essas normas integram os contratos.²³⁰

²²⁶ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

²²⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR; Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 165, grifo original.

²²⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. II, p. 13.

²²⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

²³⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

Vislumbra-se aí a força normativa dos usos e costumes do mercado. Tal regra básica, segundo nos ensina Paula A. Forgioni, “corroborar a ideia de que a legítima expectativa da outra parte, baseada naquilo que normalmente ocorre no mercado, há de ser preservada”.²³¹ Veja-se que esse entendimento demonstra um traço comum a ser partilhado em todas as espécies de contrato. Contudo, tendo em vista que o objeto de estudo do presente trabalho está direcionado aos contratos celebrados entre empresário, necessário se fazer alusão a análise que a referida autora promove do pensamento de Visconde de Cairu, nos informando que “o parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos comerciantes acostumados a praticar a espécie do negócio, e não do cidadão comum”.²³²

Os usos e costumes são a prática dos comerciantes que, na busca de soluções para os problemas quotidianos, encontram e consolidam determinada forma de resolvê-los. Esses esquemas – que normalmente atuam em prol do tráfico - espraia-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas. Por brotarem espontaneamente da praxe mercantil, os usos e costumes sofrem certos ‘seleção natural’: as práticas mais adequadas ao tráfico impõem-se sobre aquelas menos aptas à resolução de problemas; ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de conduta mais bem adaptados ao funcionamento do mercado. Forma-se, assim, um repertório de experiências bem sucedidas que, ao permitir maior grau de previsibilidade do comportamento, transforma o mercado em repositório de memórias de jogadas.²³³

Nesse sentido, constata-se que contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado.²³⁴ Não à toa, Eros Grau conclui que “a esmagadora maioria dos contratos, para sorte dos agentes econômicos, nasce, se desenvolve e perece sem a presença de juristas”.²³⁵ No mesmo sentido, Engrácia Antunes entende que

Fiel ao “pedigree” eminentemente consuetudinário do Direito Comercial, os *usos mercantis* (“trade usages”, “Handelsgebräuche”, “usages de commerce”,

²³¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

²³² FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 231.

²³³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

²³⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

²³⁵ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 159.

“usi comerciali”) – traduzidos em comportamentos ou práticas reiteradas no mundo dos negócios, reveladores da observância uniforme e generalizada de regras de conduta – são também uma fonte muito importante da regulação dos contratos comerciais.²³⁶

Outro fator que merece destaque é o fato de os usos e costumes gerarem legítimas expectativas de atuação das partes contratantes. Dito de outra maneira, estabelece-se uma probabilidade de comportamento, presume-se que as partes irão se comportar de acordo com o modelo usual. Tal capacidade de previsão possibilita aos contratantes planejar a sua jogada com maior margem de segurança, isto é, permite que cada parte elabore sua estratégia e atuação no mercado.²³⁷

Trata-se da prevalência da vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes. Leva-se em consideração o espírito ou a natureza do contrato, que estão ligados aos efeitos sociais e mercadológicos que normalmente dele decorrem, e que, portanto, são calculáveis.²³⁸ As partes, como forma de chegar à vontade comum objetiva devem adotar comportamentos para tanto.

Assim, é de elucidar que todo esse aparato principiológico e interpretativo traz consequências relevantes ao sistema dos contratos empresariais. Primeiro, a dita função econômica assume relevo eis que permite a previsibilidade do comportamento do agente econômico no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro (proteção da legítima expectativa da outra parte).²³⁹

No mesmo sentido de se evitar o comprometimento da segurança e da previsibilidade, as decisões judiciais também devem levar em consideração os efeitos

²³⁶ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58, grifos originais.

²³⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

²³⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 224.

²³⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229.

decorrentes dos usos e costumes²⁴⁰, haja vista que essas práticas “refletem complexa interação entre texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência”.²⁴¹

Note-se que, nesse quadro, a jurisprudência também atua como forte fator de ‘seleção’ dos usos e costumes: com efeito, eles são depurados pela prática, que pode mostrar aos agentes econômicos os caminhos mais ‘eficientes’, mas também são trabalhados pela pena nos tribunais ao interpretarem fatos e textos normativos. Nunca é demais lembrar: o julgador não se prende somente ao texto da lei, debruçando-se também sobre os fatos do caso concreto trazidos ao seu conhecimento. Portanto, um costume não aceito pelos tribunais – i.e., por eles considerado violador de norma jurídica – acaba desautorizado ou simplesmente não se consolida.²⁴²

Portanto, a vontade dos contratantes deve ser interpretada de acordo com os usos e costumes empresariais.²⁴³ Logo, a relação entre o funcionamento do sistema mercantil e usos e costumes faz aflorar sua função de fator de diminuição dos custos de transação. O reconhecimento da força vinculante de regras que traduzem respostas adequadas a necessidades econômicas, permitindo o cálculo de jogadas, facilita as contratações, reduzindo seus custos. ”²⁴⁴

2.1.4 - Boa-fé nos contratos empresariais

²⁴⁰ “Especialmente na esfera da contratação mercantil internacional, sempre que as partes remetam expressamente para usos e costumes mercantis nos seus contratos, estes passam a formar parte integrante dos mesmos, convertendo-se em normas jurídicas reguladoras de tais relações negociais que o juiz deve investigar e conhecer. O conteúdo desses usos pode vir estabelecido em compilações escritas – como sucede, por exemplo, com os chamados ‘Incoterms’, em sede de terminologia comercial uniforme, ou como as ‘Regras e Usos Uniformes’ em variadas matérias mercantis, ambos celebrados pela Câmara de Comércio Internacional – ou em fórmulas abreviadas de contratação mercantil (‘statutory trade usage’) e respectiva interpretação (‘adopted trade usage’). (ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59, grifos originais).

²⁴¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229.

²⁴² FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

²⁴³ Nesse contexto, a questão de interpretação em favor do devedor ou do aderente nos contratos de adesão também merece especial atenção pelos reflexos que podem gerar quando de sua atenção. Paula A. Forgioni alerta para eventuais resultados desastrosos para o direito comercial, tendo em vista a substituição da expressão “mais favorável ao devedor”, em decorrência de eventual ampliação da noção de contrato de adesão e de sua aplicação aos contratos empresariais, ou caso não haja mais a interpretação em favor do devedor nesses tipos contratuais. (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 243.)

²⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118-119.

Outro fator importante, senão o mais relevante da principiologia contratual, é a boa-fé. A doutrina menciona o entendimento deste carácter desde os primórdios do direito natural, o qual foi tratado como princípio geral da boa-fé. Hoje, trata-se de uma espécie de “mandamento [...] obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna”.²⁴⁵

Para alguns juristas²⁴⁶ é no Direito Romano²⁴⁷ que se encontra a origem do conceito e da expressão da boa-fé *bona fides, fides bona*, contendo em si o sentido de dever de adimplemento. No entanto é com o direito germânico que a boa-fé ganha relevo, pois, passa a corresponder à obrigação de cumprir os deveres emergentes do contrato e a necessidade de se levar em conta, no exercício dos direitos, os interesses da outra parte.

Com o fim do Individualismo do século XIX, o paradigma do Dirigismo contratual trouxe consigo alguns conceitos, como a ordem pública, a função social, o interesse público e a boa-fé. Além disso, após a 2ª Guerra Mundial, mudam-se os conceitos e se passa a valorar mais a dignidade humana. Assim, um ordenamento que se baseava na segurança da lei, na ideia de que se devia prever tudo, relegando ao juiz ser apenas "boca da lei", transforma-se. Nasce o conceito de "sistema aberto", onde o juiz deixa de utilizar conceitos determinados para utilizar cláusulas gerais. O juiz passa a ser diretor do processo e não apenas mero espectador ou ditador.²⁴⁸

Nesse sentido, levando-se em consideração o modo como ocorreu à evolução no que se refere aos contratos, pode-se perceber que a boa-fé é a ponte que permite a passagem do formalismo para o consensualismo entre as partes, dando sustento à relação jurídica.²⁴⁹ Em outras palavras, “a medida que los problemas surgen la inescogable virtud

²⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 180.

²⁴⁶ PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 140-171, jan-mar. 2003, p. 142-44

²⁴⁷ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. A boa fé na formação dos contratos (direito romano). *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo, a. 16, n. 61, p. 35-42, jul. – set. 1992, p. 36. “A *fides romana* constitui a base linguística e conceitual da boa fé no direito moderno.” É definida na antiguidade como “ser de palavra”, “ter palavra”. (...) Lealdade esta que, como qualidade de uma pessoa, representa uma “garantia”, uma “confiança”, um “empenhamento”.

²⁴⁸ GOMES, Sérgio Alves. *Possibilidades da hermenêutica constitucional na construção do Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

²⁴⁹ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. A boa fé na formação dos contratos (direito romano). *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo, a. 16, n. 61, p. 35-42, jul. – set. 1992, p. 40.

jurígena del principio de buena fe brinda soluciones nuevas”.²⁵⁰ Nesse sentido, esclarece Judith Martins-Costa:

As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *Standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.²⁵¹

Dessa forma, a boa-fé indica, na relação obrigacional, o teor geral de cooperação intersubjetiva que há de dar-se entre as partes com vistas ao adimplemento da avença.²⁵² Nesse sentido, Clóvis V. do Couto e Silva ensina que “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”.²⁵³ Importante salientar que há nas relações negociais o que se busca resguardar é o comportamento adequado das partes para o cumprimento de suas obrigações, a qual sendo devidamente cumprida, como já visto, traz reflexos positivos à sociedade. Logo, não se perquire a intenção das partes, mas busca-se manter dos agentes econômicos um comportamento ativo e probo. Ressalta Paula A. Forgioni:

A adoção do critério do homem ativo e probo pelo sistema facilita as contratações, pois autoriza a parte a supor que a outra se cercará dos cuidados necessários e normalmente esperados antes, durante e após a celebração do negócio. Essa pressuposição diminui os custos a serem incorridos pelos agentes econômicos em suas transações.²⁵⁴

Trata, portanto, da chamada boa-fé obrigacional, ou também conhecida boa-fé objetiva²⁵⁵, a qual foi incorporada de modo tardio ao ordenamento jurídico pátrio.²⁵⁶ Só a

²⁵⁰ RUBIO, Delia Matilde Ferreira. *La buena fe: el principio general en el derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984, p. 11.

²⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1 ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

²⁵² MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da Boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 401.

²⁵³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5.

²⁵⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122

²⁵⁵ Judith Martins-Costa esclarece que “coube justamente a Couto e Silva – fundado na doutrina de Emílio Betti e na expansão dada ao tema pela civilística alemã e por autores portugueses – inaugurar o câmbio semântico que discerniu a concepção subjetiva da concepção objetiva da boa-fé apontando as suas potencialidades como ‘princípio ativo’, capaz de operar ‘verdadeira transformação jurídica através da doutrina e do Poder Judiciário’”.

partir de 1990 é que os textos de lei passaram a contemplá-la, e ainda assim no domínio próprio das relações de consumo. O Código Civil de 1916 não continha regra acerca da boa-fé objetiva, ao contrário do que ocorre com o novo Código, no qual encontram-se expressivas as referências ao princípio.²⁵⁷ De acordo com Ricardo Lupion:

Essa boa-fé objetiva não é no sentido apontado pelo Código Civil de 1916, chamada de boa-fé subjetiva, pois se percebe que, além do elemento interno do contratante de julgar estar agindo conforme procedimentos condizentes com a boa-fé espera-se dele um *plus* exterior, baseado no compromisso de lealdade, que pode ser resumido na obrigação de informação e de cooperação que se expressa no dever de facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé.²⁵⁸

O respeito à boa-fé objetiva, tratada, no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 422 do Código Civil de 2002, consiste em um dever de conduta que obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pelo negócio celebrado, além da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns.²⁵⁹ Dito de outro modo, impõe-se as partes o dever de agir de acordo com os padrões

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da Boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 391. Importante salientar, portanto, que o princípio em comento é gênero que possui duas espécies, ou seja, subjetiva e objetiva, as quais não devem ser confundidas. Entende-se por boa-fé subjetiva o estado psicológico do sujeito, o qual age conforme o Direito, não sendo possível identificar, em seu comportamento, a consciência do caráter ilegal. Por outro lado, a boa-fé objetiva configura-se em um modelo ou regra de conduta, que se caracteriza pela atuação de acordo com determinados padrões de lisura, honestidade e correção, em que se protege a legítima confiança da outra parte envolvida na relação jurídica.

²⁵⁶ Apesar de a boa-fé objetiva ter sido tratada no direito brasileiro apenas recentemente, o seu desenvolvimento inicial se deu no direito germânico, mais especificamente nos §§ 157 e 242 do BGB. No § 157: os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico; e no § 242: o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.

²⁵⁷ Judith Martins-Costa lembra-nos que “o vetusto Código Comercial, de 1850, aludia, no art. 130, à boa-fé como cânone hermenêutico dos contratos, mas este texto jamais desempenhou funções de cláusula geral, pouco passando de letra morta”. MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da Boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 389-390.

²⁵⁸ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 42.

²⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. II, p. 16.

socialmente reconhecidos de lisura e lealdade, de forma a não defraudar a confiança e legítima expectativa da contraparte.²⁶⁰

Com o advento da nova teoria contratual – que se apresenta em uma concepção mais complexa e dinâmica, contrária à concepção estática da obrigação, que une e limita as partes a papéis bem definidos e opostos –, o princípio da boa-fé objetiva ganhou novo relevo com um conjunto de funções até então inerte no ordenamento jurídico, quais sejam: a) passou a funcionar como balizamento para geração de novos deveres, anexos, durante o vínculo contratual;²⁶¹ b) passou a limitar o exercício do direito subjetivo, antes lícito, agora abusivo conforme o caso; e, c) consolidou-se como mecanismo de materialização dos pactos, bem como aprimorou a técnica de interpretação dos contratos.²⁶²

Contudo, a boa-fé não deve ser aplicada indistintamente a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, sob pena de perder compreensão, como bem aponta José de Oliveira Ascensão, quando afirma que “a boa-fé, se é tudo, passa a não ser nada; passa a ser um rótulo com pouca explicatividade”. No mesmo sentido acentua Judith Martins-Costa:

Hoje em dia, mais de duas décadas passadas do recebimento legislativo do princípio da boa-fé no âmbito consumerista, já é possível perceber que a expressão não corresponde a uma espécie de ‘vale-tudo’, como se fosse um recipiente vazio, apto a receber qualquer conteúdo. Embora semanticamente vaga, não expressa ‘qualquer coisa’. O laborioso trabalho da ciência jurídica vem, no correr dos tempos, consolidando na expressão ‘boa-fé objetiva’ o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade - enfim, o *civilliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo direito sob pena de o próprio ordenamento não ser funcional, pois, sem um mínimo de lealdade entre os participantes do tráfego jurídico, permitindo confiar na palavra dada e nas ‘regras do jogo’ predispostas, impossível se torna a gestão do risco e a previsibilidade das ações futuras. Por isso se afirma ser função do princípio da boa-fé estabelecer um *padrão comportamental*. Como também já escrevi em outra sede, esse padrão é o da

²⁶⁰ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 50/51.

²⁶¹ Esses deveres secundários, no ensinamento de Ricardo Lupion, chamados de laterais ou anexos, são essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra, dentre os quais se encontram os seguintes: a) de cuidado, previdência e segurança; b) de aviso e esclarecimento; c) de informação; d) de prestação de contas; e) de colaboração e cooperação; f) de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; g) de omissão de segredo. (LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51/52.).

²⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 180.

conduta proba, correta, leal, que considera os legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a ambiência e a função da relação, pois visa, imediatamente, a lograr o correto processamento da relação e, mediamente, assegurar a confiança no tráfego negocial. Na relação obrigacional, portanto, considerado o mandamento de ‘agir segundo a boa-fé’, as partes se devem mutuamente lealdade e probidade (como correção de condutas) no trato dos interesses envolvidos naquela relação a fim de que esta chegue ao adimplemento satisfativo, devendo, na medida determinada pelo direito, não fraudar as legítimas expectativas criadas na contraparte pela própria conduta.²⁶³

Com efeito, para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias pela simples razão de que os *Standards* de comportamento são distintos”.²⁶⁴ Nos contratos empresariais, por exemplo, é preciso cautela para evitar que a boa-fé objetiva seja arguida para criar direitos ou deveres estranhos à relação contratual existente ou para reescrever o contrato, fazendo deste o último refúgio da parte lesada recuperar perdas decorrentes do seu próprio fracasso.²⁶⁵

Nesse plano, a princípio, admitir que nos contratos interempresariais as partes devam agir, não apenas com os outros, mas para os outros e que o contrato deva impor condutas solidárias e em cooperação com a contraparte pode não se coadunar com o ambiente de rivalidade, de disputa, de concorrência que rege as relações entre as empresas.²⁶⁶

Numa cultura - como a nossa - em que o princípio da boa-fé é ainda conotado prevalentemente às relações de consumo, é importante perceber, nas relações interempresariais, a feição que adquire quando associado à “lógica peculiar” dessas relações e aos seus princípios reitores, como o princípio da diligência

²⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 49, jul. 2010. p. 123, grifos originais.

²⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43. Esclarecem esses autores que um dos motivos pelos quais a boa-fé objetiva sempre está associada ao equilíbrio contratual é porque ela, de certa forma, foi introduzida nas discussões brasileiras por meio do código de Defesa do Consumidor. Entretanto, isso não quer dizer que ela tenha, necessariamente, essa aproximação com o equilíbrio, ainda mais nos contratos empresariais. Na verdade, essa é uma característica da boa-fé nos contratos de consumo.

²⁶⁵ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

²⁶⁶ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 155.

empresarial, o do risco comercial e o princípio da confiança, substrato da realizabilidade dos negócios.²⁶⁷

Desse modo, a boa-fé no direito comercial não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores outros que não a busca do melhor funcionamento do mercado. Ao contrário, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco.²⁶⁸ “A boa-fé – agora, em todo o direito privado – é um catalisador da fluência das relações no mercado”.²⁶⁹

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração, in: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 25, abr. 2010. p. 16.

²⁶⁸ Aponta a literatura especializada três funções primordiais exercidas pela boa-fé objetiva, a saber: i) função interpretativa; ii) função restritiva ao exercício de direitos; e iii) função criativa de deveres laterais, anexos, ou acessórios à prestação principal.

A boa-fé objetiva tem ampla incidência em todas as fases da relação obrigacional, seja no desenvolvimento, na execução, ou extinção e as partes devem pautar por suas diretrizes. Toda e qualquer disposição obrigacional deve seguir os ditames da boa-fé objetiva: a lealdade e a confiança. De fato, como critério hermenêutico, a boa-fé impõe que a interpretação dos contratos deve privilegiar “sempre o sentido mais conforme a lealdade e honestidade em relação aos propósitos comuns, a busca do sentido mais consentâneo com os objetivos perseguidos pelo negócio” (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 231.).

Diferentemente da codificação pretérita, que silenciou acerca da sistematização do *abuso de direito*, o Código Civil de 2002 tratou de forma expressa acerca do instituto, com forte inspiração portuguesa, segundo nos esclarece Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direito civil: teoria geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 598.), por meio do art. 187 do CC, que prescreve que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A noção de abuso é intimamente ligada ao excesso, uso imoderado de poderes e a boa-fé objetiva são elencados como um fator para distinguir o exercício regular ou irregular de direitos, delimitando o que pode ser considerado abusivo em face do outro. A grande questão no que tange ao abuso de direito consiste na prática de atos “com amparo na lei, mas que violam seu espírito, isto é, em desconformidade com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover” (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 345.).

Na visão de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva é “*regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na *consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.). Desta forma, como a boa-fé objetiva tem como cerne a *preocupação com o outro*, que é incluído no conjunto social, deve, igualmente, considerar *as expectativas legitimamente geradas pela conduta anteriormente praticada* por quem quer que seja. Tais comportamentos são denominados de *deveres acessórios ou laterais* e que, se violados, geram responsabilidade. Isto significa que o princípio da boa-fé objetiva é *fonte de direitos* e conforma a atuação das partes, que devem não apenas observar o objeto principal da obrigação, mas também as demais obrigações *laterais* consentâneas ao exato adimplemento (CASTRO NEVES, *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 40.). Em sendo fonte de direitos, indica que as partes devem atuar com *ânimo de cooperação*, de modo que as expectativas geradas não se frustrem e, como tem como alicerce a lealdade e confiança, do primado da boa-fé objetiva, é possível extrair algumas consequências: i) quem inspira na outra pessoa uma certa crença no agir responde por isso; e, ii) há a imposição de deveres às partes, de modo a proteger a confiança e as expectativas legítimas geradas.

²⁶⁹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 27, grifos originais.

Logo, no processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com “consumerismo”, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.²⁷⁰ A boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.²⁷¹

Dessa forma, o ambiente interempresarial, especificamente, é palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns e se enquadram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva, não se podendo poupar o empresário dos seus próprios erros.²⁷² O adequado reconhecimento da importância da boa-fé objetiva, pelo intérprete do contrato e da lei, mostrar-se-á um importante instrumento da preservação do mercado e da concorrência, garantindo, por exemplo, a lealdade de competição, sem a qual não existe a própria noção do primeiro. Se função social for tomada no sentido de exigir-se da conduta individual que atue de forma a preservar a liberdade de concorrência e o mercado, encontrar-se-á um traço de semelhança entre a boa-fé objetiva e a função social do contrato.²⁷³

Além disso, a boa-fé objetiva relaciona-se também aos usos e costumes inerentes à práxis mercadológica.²⁷⁴ Assim elucida Paula A. Forgioni:

A boa-fé vem relacionada ao uso e ao costume da praça, ou seja, ela é objetiva e não pinçada no íntimo dos partícipes da avença. Destarte, quando o direito manda interpretar os acordos conforme a boa-fé, não está apenas dando guarida a uma regra monacal, mas vivificando uma tradicional norma de direito mercantil, extremamente útil aos mercados e ao mercado. Essa visão faz que a boa-fé dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exurgindo *objetivada*, ou seja, segundo os padrões de

²⁷⁰ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 30, grifos originais.

²⁷¹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 31, grifos originais.

²⁷² LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 156.

²⁷³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR; Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 22-23.

²⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223.

comportamento normalmente aceitos em determinado mercado (ou em determinada praça). A boa-fé liga-se, pois, umbilicalmente aos usos e costumes comerciais, dando-lhes força.²⁷⁵

Com essas considerações, chega-se à conclusão de que os contratos empresariais são informados tanto por princípios comuns a todos os contratos, mas devem obedecer à lógica própria do sistema, fazendo-se necessário o estabelecimento de princípios norteadores que orientem a contratação, sua interpretação e até sua regulamentação. No presente tópico, tentou-se sistematizar os princípios correlatos à matéria, a fim de que seja possível diminuir as incoerências, uma vez que não se pode permitir que determinado tipo contratual ofereça proteção a determinado polo da relação contratual em detrimento dos demais. Na sequência, serão abordadas as regras e os princípios próprios dos contratos interempresariais, circunstâncias essas que tornam ainda mais patente a independência e a autonomia desses negócios jurídicos em relação às demais espécies de contrato.

2.2 - Regras e princípios próprios dos contratos interempresariais

Como abordado anteriormente, não se vislumbra na ordem jurídica atual nenhuma diferença de estrutura relativa aos contratos de cunho comercial e os de natureza cível. Todavia, determinadas características peculiares aos contratos ditos empresariais podem ser extraídos, ou até mesmo verificados, quando da análise mais detida da prática mercantil e do próprio regime jurídico vigente. Muitas dessas especialidades se devem ao fato da empresa ter assumido o cerne do direito mercantil moderno. Nesse sentido, José García-Pita y Lastres esclarece que:

Se não se questiona que a relação do Direito Comercial com o Direito Civil seja uma relação de *lex specialis* em face da *lex generalis*, também é verdade que o direito dos contratos mercantis apresenta evidentes traços especiais, propiciados pela transcendência do fenômeno “Empresa”, que não podem ser resolvidos otimamente pelo Direito Civil, mas requerem uma intervenção do

²⁷⁵ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 28, grifos originais.

Direito Comercial e um esgotamento das possibilidades que este proporciona.²⁷⁶

De modo geral, pode-se apontar três características específicas dos contratos empresariais, além das já mencionadas anteriormente, a saber: i) objetivação; ii) impessoalidade ou patrimonialização; e iii) mercadorização. A primeira característica, que consiste em uma acentuada objetivação é, por definição, “uma actividade estável e continuada cujo sucesso depende em larga medida da sua autonomia face às vicissitudes pessoais dos empresários, singulares ou colectivos”.²⁷⁷

Quanto à segunda característica, essa é marcada por um “vínculo entre dois patrimónios”, cujos titulares desses tendem a mudar indefinidamente, sem afetar a subsistência e a estrutura da obrigação. Em outras palavras, “tendem a separar-se da pessoa do credor ou devedor para se converterem num valor patrimonial objectivo e autónomo (um activo ou passivo, consoante os casos) vocacionado a circular no tráfico *jus* empresarial”.²⁷⁸

Já a terceira característica, como salienta Engrácia Antunes, é marcada por uma profunda permeabilidade à regulação jurídica do mercado em sentido amplo. Dando sequência a esse raciocínio, o autor complementa:

Expressão polissêmica, o mercado designa comumente o espaço organizado, físico ou virtual, onde os agentes económicos (produtores, distribuidores e prestadores, de um lado, consumidores do outro) realizam as suas transacções sobre produtos e serviços, sob a égide dos preços formados mediante o encontro da procura e oferta: o mercado, outrossim, que realidade económica, é também uma realidade jurídica, na medida em que apenas existe enquanto é reconhecido e regulado pelo direito. Ora, porventura de modo mais incisivo do que noutros domínios da contratação (mormente, da civil), *o mercado funciona como um verdadeiro “contexto de sentido” dos contratos comerciais* no sentido em que o regime jurídico destes últimos tem sido altamente tributário da regulação jurídica do mercado, em particular daquelas intervenções regulatórias que procuram tutelar a posição dos protagonistas do jogo da oferta-procura e encontrar um ponto de equilíbrio entre os seus interesses (interesse dos consumidores, interesse dos concorrentes, e interesse

²⁷⁶ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 76, grifos originais.

²⁷⁷ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 77, grifos originais.

²⁷⁸ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 78, grifos originais.

público geral). Para ilustrar tal tese, basta atentar no enorme impacto sobre a contratação mercantil moderna tiveram duas das principais projecções da regulação jurídica do mercado: a disciplina jurídica da liberdade de concorrência e da tutela do consumidor.²⁷⁹

Diante desses elementos característicos dos contratos empresariais, mas que os marcam de um modo amplo, pode-se identificar regras e princípios específicos dessa modalidade contratual, o que acentua a unidade desse instituto, bem como reforça a sua posição de categoria independente no mundo jurídico. A seguir, passa-se a análise de cada um deles.

2.2.1 - Função econômica

O contrato empresarial não é formalizado para expressar meras declarações de vontade, mas busca alcançar um determinado objetivo, uma função econômica que determina a sua razão de ser. Essa função, no direito empresarial, assume importância, uma vez que promove a objetivação do comportamento empresarial no mercado e, conseqüentemente, possibilita a sua previsibilidade pelos agentes econômicos. Desse modo, “a atenção à causa do negócio transforma-se em fator ligada à proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva e, como quer Roppo, à ‘gestão de uma economia capitalista’ ou às ‘regras de bom funcionamento do mercado’”.²⁸⁰ Esse é o raciocínio expresso por Paula A. Forgioni quando afirma que:

As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, mas em vista de determinado fim que, no campo do direito empresarial, ser-lhes-á potencialmente vantajoso. Em qualquer hipótese, a contratação terá um objetivo, almejado em conjunto pelas empresas, isto é, todo negócio tem uma função econômica e nessa função encontra sua razão de ser.²⁸¹

Por conseguinte, pode-se dizer que o empresário contrata porque pretende obter determinado resultado que o beneficia. Nesse sentido, todo contrato possui uma função econômica que o aproxima do mercado. Em outras palavras, trata-se da patrimonialização do

²⁷⁹ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 82-83, grifos originais.

²⁸⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 223.

²⁸¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

negócio, como referido anteriormente. Na celebração do contrato extrapola-se o âmbito subjetivo, supera-se a individualidade dos contratantes. Essa situação é mais perceptível nos negócios empresariais. Contudo, apesar dessa impessoalidade e da busca pela finalidade econômica há balizas a restringir o anseio das partes.

Uma dessas balizas refere-se à licitude da relação celebrada. Judith Martins-Costa esclarece que

conquanto não tenha o Código Civil arrolado a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos - disso não cuidando, igualmente, o Código de Defesa do Consumidor, por ser matéria atinente à teoria geral do negócio jurídico -, certo é que a importância da causa, considerada como "causa-função" ou "finalidade econômico-social" do negócio, é manifesta em nosso sistema, mormente após a vigência do Código Civil de 2002: ali o art. 187 arrolou a adstrição aos limites impostos pela finalidade econômico-social do negócio como um dos requisitos de licitude dos negócios jurídicos, de modo que será ilícito o negócio quando o exercício dos direitos dele decorrentes operar em manifesto desvio àqueles limites.²⁸²

Outro elemento balizador e que já foi explorado no presente trabalho refere-se a necessidade de o contrato se aproximar do "social", isto é, distanciando-se dos interesses egoísticos de qualquer das partes. Independentemente disso, deve-se ir além da simples interpretação da letra fria do instrumento e passar a admitir que os contratantes, valendo-se ainda que de sua autonomia privada, lançam mão dos contratos como meio empregados para a circulação dos bens e serviços e concreção de seus objetivos.²⁸³ Assim,

o conteúdo do negócio não é uma vontade qualquer, mas preceito da autonomia privada, vinculados aos interesses que movem as partes nas relações que estabelecem entre si e com terceiros. Trata-se de ato ligada à circulação mercantil e por ela objetivada.²⁸⁴

Com efeito, a função econômica liga-se à circulação de bens e serviços no mercado (social). É nesse sentido que "o ordenamento jurídico ligado ao sistema de mercado há de prestar-se à defesa do crédito".²⁸⁵ Clóvis V. do Couto e Silva esclarece que a relação

²⁸² MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 49, jul. 2010. p. 112.

²⁸³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

²⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

²⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89.

obrigacional deve ser compreendida como um processo, como um “conjunto de atividades necessárias à satisfação do credor”²⁸⁶ e seguindo esse raciocínio explica que:

Os atos praticados pelo devedor, bem assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. É precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.²⁸⁷

De modo contrário, um ordenamento jurídico que não estabeleça instrumentos adequados de proteção ao crédito, como consequência, desestimula o fluxo de relações econômicas e compromete o seu próprio funcionamento. O direito não tem o intuito de proteger o crédito por uma questão de valorização dos ideais liberais, por legitimar a supremacia do mais forte sobre o mais fraco. Ao contrário, tutela-o por considera-lo um pilar de sustentação do mercado, indispensável a sua preservação.²⁸⁸ Paula A. Forgioni, ilustrando tal entendimento, informa que

quando o sistema jurídico disciplina a falência, tem em vista a tutela do crédito, ainda que modernamente sejam perseguidos outros valores, como a preservação da empresa e de empregos. Mas o sistema – ainda que em nome da proteção de outros interesses – não poderia, simplesmente, ‘perdoar’ os débitos do falido, sob pena de desestabilizar o ordenamento, com o conseqüente declínio do investimento.²⁸⁹

Portanto, se os contratos empresariais visam sempre resultados que beneficiem as partes que os celebram, é impossível concebê-los distanciados da necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer, ou seja, à sua função econômica, primando para tanto a tutela do crédito que se busca alcançar.

²⁸⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5.

²⁸⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10.

²⁸⁸ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 11-12.

²⁸⁹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 12.

2.2.2 - Risco empresarial

O risco empresarial é uma característica intrínseca a todo e qualquer atividade a que o empresário ou sociedade empresária se lance. Maria Carla Pereira Ribeiro ressalta que

é da essência da atividade desenvolvida pelo empresário o fator risco. O risco econômico nasce da obrigação do empresário em relação aos investidores e aos trabalhadores, de remunerá-los de forma a retribuir pela atividade prestada quanto aos últimos, e a garantir novos investimentos, quanto aos primeiros. Há sempre o risco dos lucros obtidos não cobrirem as despesas. É este risco que é remunerado pelo lucro e que justifica o poder de direção do empresário como chefe de empresa que define a sua política econômica. O empresário é o detentor do poder econômico, o poder de dizer como e o que será produzido, e lhe atribui o controle da empresa. Como parte do exercício do poder de condução da empresa, o empresário lança mão de contratos, e estes poderão conduzir aos melhores resultados ou frustrá-los.²⁹⁰

As atividades empresariais, portanto, envolvem riscos. Considerando um empreendimento voltado a realizações futuras, há possibilidades concretas de que restem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio em função de circunstâncias de natureza previsíveis ou imprevisíveis. Reforçando essa ideia, Romano Cristiano entende que

se é verdade que a palavra ‘empresa’ não se refere a todos os tipos de atividade humana (existem com efeito inúmeras atividades que não fazem, por certo, surgir nenhum tipo de empresa), também não pode haver dúvida a respeito do seguinte: em sentido geral, a característica fundamental (portanto – note-se – não única) de toda e qualquer empresa é a existência de atividade contendo risco em grau relevante. Melhor dizendo: onde há empresa há risco; ou, caso se prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de dano notável ou de perda de algo importante.²⁹¹

O risco é inerente à atividade empresarial. Entretanto, se não é possível eliminá-lo, ao contrário pode relativizá-lo. Trata-se da possibilidade de distribuição ou alocação dos riscos do negócio pelos agentes econômicos, a qual se concretiza por meio da

²⁹⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR; Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 164.

²⁹¹ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 94.

formalização do contrato²⁹². Desse modo, o contrato desempenha uma função econômica²⁹³, ou seja, de reduzir e alocar/distribuir riscos entre as partes.²⁹⁴

Reconhecer que o risco existe em todo negócio jurídico de longo termo é o primeiro passo para compreender que uma das formas de mitigá-lo “é celebrar um contrato em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento”.²⁹⁵ Completando esse raciocínio, acentua Antônio Fici que ao risco devem-se acrescentar também as incertezas das transações, sendo que essa não deve ser compreendida apenas pelos fatores comuns de risco, conhecidos pela doutrina interna, como caso fortuito, força maior e fato do príncipe.²⁹⁶ A tais hipóteses, adicionam-se os eventos futuros não controláveis e não calculáveis pelas partes e os comportamentos que os contraentes têm no curso da execução do contrato.²⁹⁷

A incerteza é apontada, assim, como um dos fatores objetivos para a existência dos chamados custos de transação nas operações econômicas. Isso ocorre porque nem sempre será certo o resultado previsto pela atividade negocial, uma vez que algumas operações são caracterizadas pela incerteza dos resultados. Logo, necessário se faz a diligência dos agentes negociais quando da celebração dos negócios jurídicos, a fim de se resguardar dos riscos e das incertezas que envolvem as suas atividades, do contrário deverão assumir suas

²⁹² Exemplo de atribuição legal de responsabilidade decorrente de riscos do negócio encontra-se no art. 492 do Código Civil, que preconiza que “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”. Exemplo de atribuição contratual da responsabilidade em razão de riscos está na cláusula “Free on Board”, que atribui, nas relações mercantis, ao vendedor o encargo de entregar a mercadoria a bordo, pelo preço estabelecido, ficando as despesas decorrentes do transporte (frete e seguro) por conta do comprador, bem como os riscos, até o porto de destino. (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.)

²⁹³ Pinheiro e Saddi nos esclarecem que a partir dos estudos do *Law and Economics*, inclui-se no conceito clássico de contrato o denominado risco contratual. Apropriando-se de uma definição mais econômica, os contratos passam a ser compreendidos como mecanismos de distribuição de risco, cuja “eficiência é um dos principais objetivos a ser atingido: um contrato deve permitir melhorar a situação individual dos contratantes, ou corre o risco de inexecutabilidade”. Assim, ao conceito clássico de contrato, deve ser introduzido o conceito econômico, para o qual o contrato deve “ajudar os agentes econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, dessa forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente”. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 121-125.)

²⁹⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

²⁹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 125.

²⁹⁶ FICI, Antônio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 77.

²⁹⁷ FICI, Antônio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 77.

consequências, pois esse resultado faz parte das regras do jogo econômico. Nesse sentido, ensina Eros Grau:

Os contratos, ao projetarem efeitos para o futuro, implicam certo “congelamento” de interesses. As partes, no momento da vinculação, acomodam suas pretensões, calculando os desdobramentos futuros das obrigações assumidas. Esse cálculo, obviamente, leva em conta vários cenários fáticos, eventos futuros e razoáveis do contexto existente quando da contratação. Enfim: todo negócio implica risco; cada contrato tem o seu “risco típico”; o risco é inerente (=caracteriza) à atividade empresarial. Ao contratar, as partes estão obrigadas a considerar esse risco, sob pena de serem impelidas ao prejuízo. Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado mais ou menos normal de coisas; a parte que desconsidera o risco normal do negócio é sancionada no próprio jogo do mercado. O agente econômico que despreza o risco, “errando” a sua jogada ou previsão, sofre perdas econômicas. Igualmente, a parte pode frustrar-se porque o cenário futuro que concebeu no momento da contratação não se verificou. Tudo isso faz parte da dinâmica de mercado.²⁹⁸

Assim, sendo o risco próprio, comum às negociações mercantis, o contrato é importante e eficiente aliado na distribuição das perdas e na manutenção da segurança jurídica entre as partes contratantes.

2.2.3 - Custos da transação e Busca pelo lucro

O artigo 966 do Código Civil de 2002 diz que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”. Acrescenta-se a esse conceito, conforme nos informa Paula Castello Miguel, o objetivo de lucro. Em outras palavras, “empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e/ou serviços com objetivo de lucro”.²⁹⁹ Semelhante conclusão é alcançada por Romano Cristiano ao expor que:

(...) quando o novo Código Civil declara que a atividade deve ser econômica ele quer dizer que o empresário opera necessariamente no âmbito das atividades que proporcionam alguma vantagem material ou econômica;

²⁹⁸ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113.

²⁹⁹ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 96.

melhor dizendo, que a atividade empresarial admite, tão-somente, finalidade lucrativa.³⁰⁰

Dessa forma, constata-se que nos contratos firmados entre empresários, quando do exercício da sua atividade produtiva, ambos os polos da relação tem por escopo o lucro. A empresa, então, é voltada para a perseguição de vantagem econômica. Na visão de Paula A. Forgioni, “a onerosidade talvez seja o atributo dos contratos mercantis mais destacados pela doutrina, que sempre os encarou como forma de obter proveito econômico”. Continuando essa linha de raciocínio esclarece a autora que “por contratos onerosos devemos entender aqueles em ambas as partes suportam um sacrifício (depauperamento) patrimonial (prestação a ser adimplida), a que corresponda uma vantagem”.³⁰¹

Realmente, os empresários, quando da celebração de contratos entre si, legitimamente acreditam que seus interesses estão sendo satisfeitos. Por esse interesse, entenda-se lucro, haja vista que “a empresa não atua no mercado por outra razão última que não a obtenção de lucro”.³⁰² Assim, a busca pelo lucro é a peculiaridade fundamental dos negócios mercantis, a partir do qual se desdobram suas demais características.

Todavia, para que se obtenha essa vantagem econômica, necessário que os gastos despendidos no desenvolvimento da atividade sejam superados pelos ganhos que se espera alcançar. Para tanto, é preciso que o agente econômico busque a eficiência, entendida no seu sentido usual, ou seja, a busca pelo melhor resultado com o mínimo de custo possível. Em outras palavras, seguindo esse raciocínio, as empresas devem levar em consideração seus custos de transação, a fim de que possam auferir, ao máximo, sua lucratividade.

Entenda-se por “custos de transação” as atividades e custos necessários para a concretização de uma negociação, tais como pesquisa sobre as oportunidades existentes no mercado, preços praticados, idoneidade das firmas, qualidade dos serviços, reputação,

³⁰⁰ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 124.

³⁰¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

³⁰² FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

negociação dos termos do contrato, monitoramento do cumprimento contratual, precauções quanto à segurança, responsabilidade por danos etc.³⁰³

Conforme ensina Rachel Sztajn:

Os custos de transação são aqueles incorridos na realização de uma operação econômica, representados, ou não, por dispêndios financeiros, mas que decorrem do conjunto de ações e medidas adotadas por cada pessoa (ou parte) antes, durante e depois de consumada a operação econômica. Custos de transação são o esforço na procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade antes de tomar a decisão, o desenho da garantia quanto ao cumprimento das obrigações pela outra parte, à certeza do adimplemento, seguro e a tempo, as garantias que se exija para fazer frente a eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito pela contraparte, a redação de instrumentos contratuais que reflitam as tratativas entre contratantes e disponham sobre direitos, deveres e obrigações. Cuidados e tempo despendido desde o início da procura pelo bem, passando pela decisão de realizar a operação ou transação, o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes e as garantias para tanto, incluindo as relacionadas à eventual inadimplemento – custo de demandar em juízo ou qualquer forma de solução de controvérsias – são, pois, custos de transação.³⁰⁴

Ainda sobre o tema, deve-se mencionar que os custos de transação não dependem apenas das características do acordo firmado, pois, também são resultantes das condutas das partes (especialmente do fato de as partes não conseguirem vislumbrar todos os possíveis desdobramentos do negócio e do anseio natural de cada um buscar os melhores resultados para si independentemente da intenção da parte com a qual celebra a avença), bem como de condições objetivas, como as incertezas das transações decorrentes das mudanças sociais, a duração e os investimentos específicos do contrato, fatores inerentes às relações contratuais de longo prazo.

Note-se que o interesse pelo estudo dos custos de transação tem como razão cardeal a *empresa e as opções que faz no exercício de sua atividade*. Assim, sua compreensão desnuda a atuação dos agentes de mercado e, principalmente, as *relações jurídicas* que encetam. Muitos aspectos da função econômica dos negócios interempresariais somente podem ser

³⁰³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

³⁰⁴ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5-6.

dimensionados a partir desses custos e de sua influência na mecânica empresarial.³⁰⁵

Nesse sentido, retoma-se o pensamento de Paula A. Forgioni que posiciona de modo adequado o entendimento que se deve ter quando da articulação desses dois elementos essenciais à atividade empresarial e a celebração do seu negócio jurídico.

A empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado 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 (“custos de transação”).³⁰⁶

E complementa a autora:

No momento da celebração, as partes acreditam que estarão “melhor com o contrato do que sem ele”. O agente econômico somente celebrará o contrato se entender que esta é a melhor alternativa possível para a satisfação de sua necessidade. Vale dizer, o negócio com terceiros será realizado apenas se a opção de produzir internamente determinado bem ou serviço não for mais vantajosa para a empresa.³⁰⁷

Portanto, para que possa satisfazer o anseio pelo lucro, o empresário ou a sociedade empresária deverá ponderar, no exercício de sua atividade, qual o caminho mais adequado à consecução dos seus objetivos, buscando, para tanto, minimizar os custos de transação.

2.2.4 - Segurança e previsibilidade

Segundo Paula Forgioni, “os contratos empresariais somente podem existir em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas”.³⁰⁸ Nesse sentido, a referida autora esclarece que

³⁰⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 63.

³⁰⁶ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

³⁰⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

³⁰⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir: quem entra no mercado sabe que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro (...). Mas a regularidade – a mesma regularidade que constitui a ordem – implica certa superação da individualidade. As partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da “proteção externa”).³⁰⁹

Desse modo, quem opera no mercado, deve saber que este é uma ordem onde os comportamentos, governados por regras, são previsíveis e regulares. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, adquirem um caráter de tipicidade e uniformidade.

No ambiente empresarial, ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra adotará o mesmo comportamento, sendo imprescindível, portanto, sob pena de quebra da racionalidade do sistema, que ambos os empresários planejem sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com o padrão estabelecido por essa ordem que é o mercado.³¹⁰ Conforme ensina Eros Grau:

O vínculo contratual [vínculo jurídico] instala uma situação de *certeza e segurança jurídicas* para as partes. Vale dizer: cada parte tem a aparente *certeza e a segurança* que desse vínculo deflui, de que, na hipótese de descumprimento do contrato, poderá recorrer a meios jurídicos adequados à obtenção de reparação por esse descumprimento, ou mesmo a execução coativa da avença. Inegável que essa premissa básica contamina todos os contratos, sejam administrativos, empresariais, trabalhistas ou com consumidores. (...) as partes somente contratam se acreditarem que a vinculação lhes será afinal vantajosa (...) essa situação de certeza e de segurança é um dos motores principais que leva as partes a buscarem o vínculo contratual e, principalmente, *o ordenamento jurídico a tutelá-lo*. (...) a jurisdicalização dos contratos viabiliza a funcionalidade do Direito, porque traduz *segurança e previsibilidade*, porque possibilita a *fluência das relações de mercado*.³¹¹

³⁰⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

³¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

³¹¹ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 96. 2001, p. 424-425, grifos originais.

Paula A. Forgioni informa que “a imposição de decisões que comprometem a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, assim como as decisões que colocam em xeque a lógica do sistema”.³¹² Assim, para mantermos a segurança e a previsibilidade também é preciso haver uma ordem nas decisões judiciais, isto é, as relações entre empresários ou sociedades empresárias possui lógica diversa das relações civis e de consumo. Trata-se da calculabilidade jurídica, haja vista que “é impossível calcular a jogada do outro agente na ausência de um sistema jurídico racional”.³¹³

Por meio da análise econômica do direito, constatou-se que as normas jurídicas não existem apenas para impor condutas, restrições e sanções, mas para servir como instrumento de incentivo, agregando eficiência à sociedade, diminuindo os custos das operações e, conseqüentemente, estimulando o desenvolvimento econômico. Nesse sentido Ronald H. Coase³¹⁴ conclui que

o judiciário influi diretamente na atividade econômica, devendo os órgãos julgadores compreender as conseqüências econômicas de se adotar determinada decisão, sem olvidar da natureza recíproca do problema. O manejo de ações que tem efeitos danosos não deve ser apenas o de restringir os responsáveis pela conduta prejudicial, mas verificar “se o ganho obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse mesmo dano”.³¹⁵

Ainda dentro da análise econômica do direito, Robert Cooter e Thomas Ulen sustentam que a economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Na visão desses autores, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções mais duras praticando menos

³¹² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 25, grifos originais.

³¹³ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 13.

³¹⁴ Foi Ronald H. Coase que, a partir de obras como *The nature of the firm* (1937) e *The problem of social cost* (1960), constatou a influência do judiciário na atividade econômica. Isso ocorreu após verificar a existência dos custos de transação no mercado, devendo, o Direito, nessa perspectiva econômica, funcionar como um sistema de incentivos.

³¹⁵ COASE, Ronald Harry. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91.

da atividade sancionada. “Generalizando, podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis”.³¹⁶

Desse modo, pode-se sustentar que existe uma racionalidade a coordenar a atuação dos agentes econômicos no mercado. Por sua vez, essa racionalidade do mercado deve levar em conta o respeito aos princípios orientadores do sistema e deve traduzir um esquema de colaboração para obtenção de vantagens. Garante-se, como isso, o processo, mas não necessariamente o resultado a ser obtido, mesmo porque o risco é inerente aos negócios, como já foi abordado.

Portanto, a ausência de segurança e previsibilidade a sustentar as relações negociais, em especial as celebradas entre empresários, não afeta apenas as partes do negócio, mais reflete em todo o mercado. Karl Larenz dá destaque à importância da segurança e da previsibilidade no sistema jurídico quando afirma que “uma sociedade em que cada um desconfia do outro se assemelharia a um estado de guerra latente entre todos e em lugar da paz dominaria a discórdia. Onde se perdeu a confiança, a comunicação humana resta profundamente perturbada”.³¹⁷ Segundo Paula A. Forgioni,

o mercado que não dê guarida à boa-fé e à proteção da legítima expectativa da outra parte tenderia ao colapso, porque dificultaria o “giro comercial” (Cairu) ou a fluidez das relações econômicas. *O direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de um comportamento que, embora possa não interessar imediatamente ao empresário oportunista, permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo.*³¹⁸

Assim, a adoção de comportamentos previsíveis, regulares, pautados pela confiança e racionalidade jurídicas permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo. Em linhas gerais, não se trata de retomar a aplicação do *pacta sunt servanda* como se promovia nos moldes liberais, muito menos abandoná-lo completamente, trata-se de buscar

³¹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

³¹⁷ LARENZ, Karl *Derecho Civil – Parte General*. Trad. Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1978, p. 59.

³¹⁸ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 14, grifo original.

meios para viabilizar a sua intenção primeira, isto é, o cumprimento da avença, alcançando a função social do contrato.

2.2.5 - Organização empresarial e profissionalismo

A expressão organização, por si só, não apresenta um conceito único. Ao contrário, trata-se de termo de natureza imprecisa, ampla e que não possui limites bem delineados. A referida palavra possui tamanha conceituação que, nos dias de hoje, há atividades que não são voltadas a consecução do lucro, entretanto, são desempenhadas de forma organizada. Nesse sentido, cite-se, como exemplo, atividades desenvolvidas por fundações e associações, as quais são consideradas como atividades não empresariais.

Dessa forma, existe uma tênue diferença entre as atividades não empresariais, nas quais pode ou não estar presente o fator organização, e a atividade empresarial. Ao que pese o elemento organização não ser um fator que distinga claramente e com certo grau de segurança atividades não empresarial das empresariais, haja vista que há atividades organizadas desenvolvidas por aquelas, o ponto crucial a ser sustentado é que quando está a se falar em atividade empresarial, essa sempre contará com a organização, como consequência do exercício de atividade com utilização de capital.³¹⁹

Assim, o que torna possível o surgimento da organização empresarial é a utilização de capital separado.

De fato, é com capital que o empresário compra o imóvel ou paga o respectivo aluguel; compra móveis, instalações, máquinas e utensílios; compra, principalmente, as mercadorias que pretende revender; remunera serviços de empregados; paga serviços de transporte, de consertos diversos, de publicidade e outros. De forma que a organização resultante da atividade do empresário acaba sendo sempre mero desdobramento da ideia de utilização de capital (utilizar, aliás, tem o significado de “tornar útil para alguma finalidade”); com o que, ela não passa de simples corolário.³²⁰

³¹⁹ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 116.

³²⁰ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 121.

A organização nada mais é do que a colação dos meios necessários, coordenados entre si, para a realização de determinado fim.³²¹ Em outras palavras, “essa organização dos fatores de produção é um dos fatores diferenciadores de outras atividades, pois o fim produtivo da empresa pressupõe atos coordenados e programados para se atingir tal fim”.³²² Assim, a atividade empresarial, para que atinja seu fim último, atendendo a uma necessidade do mercado e com isso auferindo lucro almejado, deve ser submetida a um processo de organização.

Além da organização, a atividade desenvolvida pelo empresário deve ser realizada com uma particularidade, isto é, deve ser exercida de modo profissional, conforme se extrai da leitura do artigo 966 do Código Civil de 2002. A partir de uma análise etimológica, Romano Cristiano conceitua “profissão” como sendo aquela atividade publicamente declarada. No entendimento desse autor, a referida definição traz evidentes consequências, pois

é óbvio que, quando alguém declara publicamente o exercício de determinada atividade (através de um registro ou mediante posicionamentos práticos, está também declarando de forma implícita que, com relação à mesma atividade, pretende praticar não apenas um ou poucos atos, nem pretende praticar atos só de vez em quando; ao contrário, pretende praticar longa série de atos consecutivos, de modo geral sem interrupções.³²³

Desse entendimento, infere-se que o empresário ou a sociedade empresária, ao desenvolver as suas atividades no mercado, o faz com absoluta e total habitualidade, isto é, pratica atos seguidos e em continuação. Logo, interpretando essa compreensão de modo contrário, todo e qualquer ato esporádico, isolado, ainda que praticado com escopo de lucro e presença necessária de capital, não será considerado como ato empresarial.³²⁴

³²¹ ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 146. *Apud*. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39.

³²² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39.

³²³ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 130.

³²⁴ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 131.

Portanto, não havendo organização e não sendo possível identificar o requisito profissionalismo, descaracteriza-se, por completo, a atividade como sendo empresarial e, conseqüentemente, não há que se falar em contrato empresarial.

2.2.6 - Padrão de cuidado e dever de diligência

Em virtude da globalização e das intervenções do Estado nas relações econômicas, à vida empresarial passou a depender direta e constantemente de fatos exógenos. Diverso do que ocorria no passado, quando ao empresário bastava apenas conhecer o mercado no qual atuava, hoje, ele tem a necessidade, para se manter ativo no mercado, acompanhar o mundo a sua volta, considerando tudo o que pode interferir, direta e indiretamente, na produção ou comercialização de seus bens e/ou serviços.³²⁵

Dado a rapidez das transformações que o mercado sofre e o conseqüente desenvolvimento que é vivenciado no mundo atualmente, ao empresário não basta ser racional e agir com audácia, é preciso, ainda, ter a intuição e a ponderação, ser um administrador eficiente e hábil negociador e acompanhar a evolução do Direito. Nesse sentido, as decisões empresariais dependem da obtenção de que todas as informações relevantes estejam razoavelmente disponíveis, nas circunstâncias, e no domínio das técnicas de comunicação e informação.³²⁶ Logo, exige-se dos empresários uma atuação com grau de cuidado, diligência e habilidade de uma pessoa razoavelmente prudente, devendo ser levado em consideração, para tanto, seu sucesso nas atividades empresariais, sua experiência e conhecimento dos riscos.

A ideia de diligência está relacionada ao esforço ou zelo para cumprir o seu dever.³²⁷ Esse deve ser compreendido como um dever de prudência no exercício da atividade empresarial, isto é, um exercício empresarial em conformidade com as peculiaridades do mundo negocial e de acordo com os critérios admitidos em cada setor de atividade. A respeito do dever de diligência, Maddalena Rabitti informa que o seu conteúdo mínimo está contido no

³²⁵ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 161.

³²⁶ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 162.

³²⁷ PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 37.

princípio do agir informado, isto é, a informação deve abranger igualmente os dados referentes aos outros interesses e valores que devem ser realizados e tutelados pela atividade empresarial.³²⁸

Nesse sentido, para ilustrar esse entendimento, o dever de buscar informações, nos contratos empresariais, pode atenuar o dever de informação da outra parte, haja vista que o dever de diligência exige que as partes estejam munidas das informações necessárias para celebração do negócio, em especial daquelas relevantes e razoavelmente disponíveis, concernentes tanto à parte legal quanto à negocial (conhecimento do mercado, política e produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções).³²⁹

Na visão de Ricardo Lupion, “o conteúdo do dever de diligência revela que a conduta do administrador de uma sociedade empresarial envolve deveres de qualificação, informação, participação, cuidado e intervenção”.³³⁰ Para Flávia Parente, em seu estudo sobre o dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas que, a nosso ver, também se aplica aos empresários no exercício de sua atividade empresarial³³¹, esse dever pode ser decomposto em cinco deveres relativamente distintos, a saber:

- a) dever se qualificar para o exercício do cargo, que evidencia a necessidade de o administrador possuir e adquirir os conhecimentos mínimos acerca das atividades que serão desenvolvidas pela sociedade;
- b) o dever de bem administrar, que consiste na atuação do administrador visando à consecução do interesse social, dentro dos limites do objeto social;
- c) o dever se informar, o qual impõe aos administradores a obrigação de obter todas as informações necessárias ao desenvolvimento adequado do negócio social;
- d) o dever de investigar, segundo o qual os administradores devem não apenas analisar concretamente as informações que lhe foram fornecidas para verificar se são suficientes ou se devem ser complementadas, como também, de posse dessas informações, considerar os fatos que podem eventualmente

³²⁸ RABITTI, Maddalena. *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 144.

³²⁹ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 227.

³³⁰ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 162.

³³¹ Ao que pese toda essa construção ter sido desenvolvida levando em consideração os deveres de conduta aplicáveis aos administradores, compreende-se que esses mesmos parâmetros também podem ser aplicados aos empresários no exercício de sua atividade, haja vista que tanto um quanto o outro devem se preocupar com a preservação do patrimônio alheio.

vir a causar danos à sociedade, tomando as providências cabíveis para evitar que tal ocorra; e
e) o dever de vigiar, que consiste na obrigação permanente de os administradores monitorarem o desenvolvimento das atividades sociais.³³²

Além desses deveres, acrescente-se o de não praticar erros graves. Não há discussão de que o empresário tem, na administração de seus negócios, ampla liberdade de desenvolver sua atividade com discricionariedade, decidindo sobre a conveniência e oportunidade de suas decisões, sempre em conformidade com a lei e o estatuto ou o contrato social. Contudo, “o erro grave caracteriza conduta culpável, por imperícia ou imprudência, acarretando violação do dever de diligência”.³³³ Nesse sentido, cite-se “a prática de operações especulativas e arriscadas, com risco elevado ou desproporcional ao benefício esperado, bem como aquelas com faltas de garantias ou que impliquem endividamento excessivo para a sociedade”.³³⁴

Entretanto, tendo em vista a finalidade econômica, nos contratos empresariais,

o dever de informação (da outra parte) pode e deve ser mitigado pelos padrões de cuidado e diligência dos administradores da empresa no momento da celebração do contrato, considerando os elevados níveis de informações que possuem (ou deveriam possuir) para a adequada avaliação das condições do contrato, pois não há como admitir que, tendo ignorado ou calculado mal tais variáveis, ou, pior, estar arrependida com o preço acordado no ato da contratação, a parte pretenda, sob o manto da função social do contrato pleitear a resolução deste, isso porque o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir os erros eventualmente praticados.³³⁵

³³² PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101.

³³³ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 230.

³³⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 231.

³³⁵ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 160.

Outro aspecto que também pode e deve mitigar os deveres de conduta é a busca do lucro nos contratos empresariais.³³⁶ Ricardo Lupion destaca que:

a indiscriminada tutela dos interesses particulares dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade geral do lucro; é claro que se a cada contraente fosse consentido liberar-se dos seus compromissos contratuais, só porque lamenta que a operação não lhe deu os lucros que esperava, resultariam revolucionados não só e não tanto as expectativas de lucro alimentadas em relação á mesma operação, pela parte contrária, mas todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas.

[..]

O ordenamento não tutela nem sequer as concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual (a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo o contraente o deve assumir). Assegurando o respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstrata possibilidade do lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos operadores singulares que agem no mercado.³³⁷

Seguindo esse raciocínio, conclui o jurista italiano que as consequências do erro de previsão, do erro sobre o valor de mercado da coisa adquirida ou, ainda, nas avaliações subjetivas de conveniência devem ser suportadas exclusivamente pelo operador que errou em busca de proveito próprio individual.

Desse modo, forçoso admitir que a revisão de contratos interempresariais ou de suas cláusulas contratuais não serve para corrigir maus negócios. Segundo Paula A. Forgioni, “nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado”.³³⁸

³³⁶ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167.

³³⁷ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167/168.

³³⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

No contexto empresarial, completa a autora, não se pode permitir a qualquer das partes se libertarem dos compromissos assumidos em razão, por exemplo, da operação não ter alcançado o lucro pretendido, sob pena de completa subversão do sistema, além da insegurança e imprevisibilidade comprometedoras.³³⁹ Para a autora, “o agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões. Na verdade, a possibilidade de erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais”.³⁴⁰ Desse modo, os equívocos ou erros dos empresários ou sociedades empresárias são previstos e até mesmo desejados pelo sistema jurídico, uma vez que, diferenciam os agentes e permitem o estabelecimento do jogo concorrencial, desenvolvendo o tráfico comercial. Assim, conclui a autora que

é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente).³⁴¹

Portanto, a interpretação do negócio empresarial não pode desconsiderar os pressupostos de funcionamento do sistema, especialmente aqueles relativos à mitigação de deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, nesse tipo específico de negócio, os usos e costumes, a função econômica dos contratos empresariais, a rivalidade e concorrência, os riscos do mercado, a racionalidade inerente à atividade e, por fim, as regras do jogo.

2.2.7 - Concorrência

Na definição encontrada no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, concorrer pode representar a situação de “encontrar-se em oposição, o mais das vezes de interesse, a outrem, na pretensão de um mesmo objetivo, cada qual visando suplantar o(s) outro(s);”, pode ainda significar “competir, disputar a primazia”.³⁴²

³³⁹ FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

³⁴⁰ FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

³⁴¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

³⁴² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 788.

Partindo-se dessa conceituação, a concorrência traduz a competição, a disputa existente entre os agentes econômicos no mercado. É a busca ou empenho para alcançar o que o outro está se esforçando para atingir ao mesmo tempo. Além disso, significa liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo a deslealdade e embaraços artificiais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial.³⁴³

Simone Letícia Severo e Sousa, recorrendo à lição de Benjamin M. Shieber, que concorrência ou competição “consiste na luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado, quando se fala de vendedores, ou uma maior, ou melhor, parte da oferta, quando se fala em compradores”.³⁴⁴ Na mesma linha, Carlos Olavo esclarece que

do princípio da liberdade de iniciativa económica privada decorre a existência, ou pelo menos, a possibilidade, de uma pluralidade de sujeitos económicos diferenciados que actuam em direcção a um mercado, pois à liberdade de iniciativa de um contrapõe-se a liberdade de iniciativa dos demais.

A concorrência caracteriza-se por uma pluralidade de actuações (na medida em que existe uma pluralidade indiscriminada de fornecedores de bens e serviços) convergentes, isto é, que se dirigem a uma pluralidade indiscriminada de consumidores, e tem a sua raiz na limitação de meios de que cada sujeito económico dispõe para satisfazer as suas necessidades, teoricamente ilimitadas.³⁴⁵

Desse modo, a concorrência é uma forma de atuação dos agentes econômicos no mercado, de produzir efeitos no mercado, de projetar-se. Nesse sentido, insere-se a auto-apresentação do empresário ou da sociedade empresária no mercado, isto é, da própria empresa, bem como dos seus bens e serviços.³⁴⁶

A ação tradicional de concorrência pressupõe atuação livre de um grande número de competidores (sociedades e empresários) no mercado de um mesmo produto.

³⁴³ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem económica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 78.

³⁴⁴ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem económica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

³⁴⁵ OLAVO, Carlos. Concorrência desleal e direito industrial. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 53.

³⁴⁶ ASCENSÃO, José Oliveira. O princípio da prestação: um novo fundamento. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 11.

Atuação esta de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, muitas vezes por meio de práticas colusórias e abusivas, no preço dos bens e serviços.³⁴⁷ Segundo José Oliveira Ascensão,

a ideia motriz da concorrência é a de que as prestações dos vários operados econômicos se devem defrontar no mercado com mínimo de constrangimentos, para que vença o melhor. Ter-se-ia sempre presente o modelo da concorrência perfeita, embora essa seja inatingível. Se a vitória for devida a outros factores, que não a superioridade da própria oferta, contributo ou prestação (particularmente através do binómio qualidade/ preço) a concorrência é falseada. Mas se é o mercado que decide, surge como elemento essencial a liberdade do destinatário ou consumidor. Haverá um princípio da liberdade de escolha no mercado, que é decisivo para a concorrência. A concorrência repousa assim em dois pilares: a objectividade, ou autenticidade, da oferta e liberdade, ou genuinidade, da escolha.³⁴⁸

A concorrência é, desse modo, a competição entre os vários agentes económicos com vista a que cada um atinja a supremacia em relação aos demais.³⁴⁹ Outro elemento que ainda se pode extrair da concorrência é a sua função de proteção, uma vez que possibilita ao consumidor múltiplas escolhas. Consequentemente, promove-se uma seleção dos agentes económicos e só permanecerão no mercado aqueles que forem os mais eficientes.³⁵⁰ Ademais, pode se identificar um fator de incentivo, que implica no aumento da produtividade e estimula a introdução de novos e melhores produtos no mercado, promovendo assim o crescimento económico.³⁵¹

A estrutura desenhada pelo mercado facilita a troca económica e sua multiplicidade, de forma que se ganha em eficiência, dado que as denominadas “forças de mercado” induzem à competição entre agentes, isto

³⁴⁷ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem económica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

³⁴⁸ ASCENSÃO, José Oliveira. O princípio da prestação: um novo fundamento. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 9.

³⁴⁹ OLAVO, Carlos. *Concorrência desleal e direito industrial*. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 54.

³⁵⁰ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem económica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

³⁵¹ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem económica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 80.

é, estimulam a concorrência entre pessoas na busca de satisfazerem a suas necessidades.³⁵²

Deste modo, parece natural que a concorrência seja combustível para que as empresas busquem soluções internas, visando a contribuir efetivamente com produtos de melhor qualidade e preços mais acessíveis, e, finalmente, atingir seus objetivos institucionais no mercado. É, dentro dessa perspectiva, que se deve buscar a proteção, seja individual (coibindo os comportamentos desleais entre os empresários concorrentes), seja institucional, visando a preservação das estruturas econômicas de livre mercado, punindo as infrações à ordem econômica.³⁵³ Afinal, “a defesa da concorrência deve configurar um instrumento para um mercado transparente, saudável e leal, tornando viável o equilíbrio entre liberdade e proteção”.³⁵⁴ Portanto, a livre concorrência é uma característica essencial à atividade empresarial, devendo ser preservado não apenas nos comportamentos dos agentes econômicos no mercado, mas também nos contratos por eles celebrados.

Diante de todas as considerações até então apresentadas, fica evidente a autonomia que o Direito Empresarial possui e, conseqüentemente, a necessidade de um tratamento diferenciado aos contratos celebrados entre empresários, a fim de se dar a esses uma adequada interpretação, bem como velar pelo seu fiel cumprimento. Superado, assim, essas considerações, passa-se, na sequência, a análise de dois institutos que visam precipuamente o equilíbrio contratual, quando em razão de determinadas circunstâncias esse se vê abalado. Entretanto, em seguida, buscar-se-á avaliar se esses institutos, previstos para resguardar as obrigações de um modo geral, podem ser invocados nas relações entre empresários.

³⁵² SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

³⁵³ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 264.

³⁵⁴ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 265.

3 – CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

3.1 – A busca pelo equilíbrio econômico nos contratos celebrados

Uma das diretrizes básicas do novo Código Civil Brasileiro de 2002 é a socialidade, que decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da justiça social, entre outros. Dentro dessa perspectiva, busca-se nas relações contratuais uma equivalência entre as partes, um equilíbrio. É nesse sentido que trabalha a justiça comutativa, compreendida como aquela que se estabelece entre as pessoas que estão em posição de paridade.³⁵⁵

A justiça comutativa, traduzida pelo princípio do equilíbrio das prestações ou princípio do equilíbrio econômico do contrato, constitui expressão do princípio da igualdade substancial, consagrado pelo art. 3º, III, da Constituição Federal. Com efeito, são vedadas as prestações contratuais que expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes. Assim, o contrato deve servir de instrumento para estimular a circulação de riquezas na sociedade e, para tanto, exige das partes que o celebram um comportamento de cooperação e confiança mútua.³⁵⁶

Com a função social do contrato e com o ressurgimento do princípio da justiça contratual³⁵⁷, a igualdade formal tornou-se insuficiente, passando a haver a necessidade de se assegurar, nos contratos de um modo geral, o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma das partes. Por esse motivo, os benefícios almejados por cada parte

³⁵⁵ CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *Onerosidade excessiva, lesão e contratos aleatórios*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/guilherme_cardoso.pdf. Acesso em: set. 2012.

³⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50.

³⁵⁷ A justiça contratual “é a relação de equivalência que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 214.

devem se contrabalancear, isto é, na medida do possível devem guardar certa equivalência.³⁵⁸

Seguindo esse raciocínio, Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece que

(...) o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes ou desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras de experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.³⁵⁹

Portanto, institutos como a lesão e a onerosidade excessiva visam resguardar essa equivalência material entre as prestações das partes, e, em último plano, a função social do contrato.³⁶⁰ Nas palavras de Teresa Negreiros, o princípio do equilíbrio econômico do contrato “leva à admissão, especialmente, de duas figuras, a lesão e a excessiva onerosidade”.³⁶¹

3.1.1 - Lesão

A figura da lesão encontra-se descrita no artigo 157 do Código Civil Brasileiro de 2002 e esclarece que “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Ainda no mesmo dispositivo, o parágrafo primeiro informa que a desproporção em relevo deve ser observada no momento em que o negócio foi celebrado. De modo geral, do disposto na legislação cível, compreende-se a lesão como o prejuízo que uma

³⁵⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 221.

³⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: nov. 2012. grifos originais.

³⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil*. v. 4, tomo 1, Teoria geral dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

³⁶¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157.

pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes.³⁶²

É de se observar que o dispositivo legal em comento encontra-se previsto em Capítulo próprio que trata dos defeitos do negócio jurídico. Assim, como defeito dos contratos, a lesão contratual é a desproporção existente entre as prestações de um contrato, verificada no momento da realização do negócio (§1º do art. 157), havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente de situação de inferioridade de outra parte.³⁶³

A lesão exige, conforme se encontra exposta no ordenamento jurídico pátrio, a presença de dois requisitos, a saber: um objetivo e outro subjetivo.

O primeiro configura-se na desproporção das prestações estabelecidas no contrato. Tal desproporcionalidade pode ser determinada a partir de um parâmetro quantitativo (como no caso da lesão enorme, na qual, segundo as fontes romanas, o preço da venda era inferior à metade do que se considerava preço justo; ou a lesão enormíssima, em que a diferença em prejuízo do vendedor era de mais de dois terços do preço justo); ou como no sistema do CC, apresentar-se como um conceito aberto, exigindo tão-somente que as prestações sejam desproporcionais, segundo a valoração do magistrado.³⁶⁴

Esse mesmo entendimento também é compartilhado por Ana Luiza Maia Nevares, quem nos ensina que a lei civil brasileira adotou “um conceito aberto, sem determinar uma tarifa específica na lei, permitindo que a desproporcionalidade das prestações seja analisada caso a caso, apurando-se a justiça contratual daquela situação concreta”.³⁶⁵ Por sua vez, Luiz Guilherme Loureiro acrescenta que “o elemento objetivo da lesão é a vantagem patrimonial evidentemente desproporcional e sem justificação”.³⁶⁶

³⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 544.

³⁶³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I, p. 294.

³⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I, p. 294.

³⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 284.

³⁶⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 226.

Ressalte-se ainda que a referida desproporção entre as prestações deva ser concomitante à formação do contrato, conforme quer o parágrafo primeiro do art. 157 do Código Civil Brasileiro de 2002. Nesse sentido, o dispositivo em questão exige que a discrepância esteja caracterizada no momento da celebração do negócio jurídico. Por isso que se deve apreciar a lesão segundo os valores vigentes ao tempo da celebração do negócio.³⁶⁷

O requisito objetivo, portanto, situa-se na desproporção evidente e anormal das prestações, quando uma das partes aufere ou tem possibilidade de auferir, do negócio jurídico firmado, um lucro expressivamente maior do que a prestação que pagou ou prometeu.³⁶⁸ Dito de outro modo, para que seja aplicada a lesão, a desproporção deve ser indubitosa e exagerada, sem ter necessidade de um processo de indagação ou de comparação.³⁶⁹

Por outro lado, o segundo requisito diz respeito às condições de necessidade do contratante lesado. A doutrina denomina o requisito subjetivo como dolo de aproveitamento, caracterizado, no que se refere à parte que causa a lesão, na exploração do lesado. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “se configura na circunstância de uma das partes aproveitar-se das condições em que se encontra a outra, acentuadamente a sua inexperiência, a sua leviandade ou o estado de premente necessidade em que se acha, no momento de contratar”.³⁷⁰

O elemento subjetivo, quanto ao lesado, caracteriza-se a partir de suas condições de inferioridade na contratação, sendo tais condições determinadas, nos termos do Código Civil, pela premente necessidade ou por inexperiência do contratante.³⁷¹ A premente

³⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I, p. 295. No mesmo sentido se posiciona PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 548.

³⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 546.

³⁶⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 226.

³⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 548.

³⁷¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 291.

necessidade do contratante lesado, caracteriza-se como uma situação extrema, que impõe ao necessitado a inevitável celebração do negócio prejudicial. É importante frisar ainda que a necessidade do contratante não está relacionada às condições econômicas desse, mas sim à impossibilidade de evitar o contrato, o que independe da capacidade financeira do lesado. Nesse sentido, informa Caio Mário da Silva Pereira que

ainda que o lesado disponha de fortuna, a necessidade se configura na impossibilidade de evitar o contrato. Um indivíduo pode ser milionário. Mas, se num momento dado ele precisa de dinheiro contado urgente e insubstituível, e para isso dispõe de um imóvel a baixo preço, a necessidade que o leva a aliená-lo compõe a figura da lesão.³⁷²

A inexperiência do lesado, por sua vez, é o estado que compreende as hipóteses daqueles que atuam com falta dos conhecimentos que se adquirem com o uso e com a prática. Aparentemente a inexperiência é igual ao erro, mas não é. A inexperiência é aproveitada pelo contratante mais conhecedor do ofício. Excelente exemplo seria na venda de um computador com configuração bastante ultrapassada a um camponês por um preço exorbitante.³⁷³ Desse modo, verifica-se que a inexperiência está na falta de conhecimentos ou habilidades relativos à natureza da transação.³⁷⁴

Se em outro momento e em circunstâncias diferentes o agente não é necessitado ou inexperiente, ou se o valor da prestação recebida se distancia da prestação paga ou prometida, por força de outras circunstâncias (depreciação do valor da moeda, realização de obras ou melhoramentos beneficiando a coisa), e venha a ocorrer à desproporção manifesta, não há falar em lesão.³⁷⁵

Com isso, temos a lesão como um encargo desproporcional a uma das partes, resultante de um contrato celebrado validamente entre os contratantes, com aproveitamento da outra parte. Ademais, como visto, a desproporção deve ser aferida no momento da formação

³⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 165.

³⁷³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 228.

³⁷⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 291.

do contrato.³⁷⁶ Desse modo, se o desequilíbrio das prestações contratuais decorre de fatos posteriores à celebração do vínculo, não há falar em lesão, devendo ser invocada, nesse caso, a resolução ou revisão contratual por onerosidade excessiva, na forma do art. 478 do Código Civil e outros correlatos.³⁷⁷

Com efeito, se a lesão não ocorre concomitantemente à formação do contrato, mas na execução desta obrigação, “temos uma categoria especial de lesão, não decorrente do contrato naquilo que se diz respeito ao momento de sua formação, porque ele não resultou de aproveitamento de um dos contratantes, mas nasceu dos acontecimentos subsequentes à sua perfeição – lesão superveniente –, o que constitui objeto da teoria da imprevisão”.³⁷⁸

Assim, observa-se que a lesão é um ato jurídico anulável, não sendo passível de resolução, como se dá na superveniente onerosidade excessiva. Entretanto, cabe ressaltar que apesar de constatada a lesão, o negócio poderá ainda ser salvo, desde que o beneficiado ofereça a parte lesada complementação do valor ou concordar com a redução do seu proveito, ajustando-se, desse modo, as prestações.³⁷⁹

O fato é que, constatada a lesão, o contrato lesionário será inválido, seja por nulidade, seja por anulabilidade. Além destas duas modalidades, às quais conduzem à invalidade do negócio jurídico, a exemplo do § 2º do artigo 157 do Código Civil, que permitem a adequação do contrato, de modo que se elimine a desproporção, mantendo-se a validade da avença.³⁸⁰

³⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 548.

³⁷⁶ GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina – jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 143/144.

³⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I, p. 295.

³⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *A lesão nos contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 108.

³⁷⁹ PELUSO, Cezar (Coord). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Barueri, SP: Manole. 2009, p. 127.

³⁸⁰ GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina – jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 149.

3.1.2 - Onerosidade excessiva

Doutrinariamente, o princípio do equilíbrio econômico do contrato alberga duas vertentes, sendo uma referente à formação do contrato e, nesse viés, resulta o instituto da lesão e uma segunda vertente, referente à execução do contrato, no qual resulta o instituto da resolução por onerosidade excessiva.³⁸¹ Esse representa um dos corolários do novel princípio do direito contratual – o princípio do equilíbrio econômico do contrato – o qual, segundo a Teresa Negreiros³⁸², consagra a noção de que “o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante”. Em essência, o princípio busca alcançar o justo equilíbrio do contrato, a chamada Justiça Contratual, tendo inclusive matriz constitucional, pois deita raízes no princípio da igualdade substancial, previsto no artigo 3º inciso III da Constituição Federal de 1988.

A onerosidade excessiva apresenta-se, assim, como uma situação que dificulta sobremaneira o adimplemento da obrigação por uma das partes. Surge em razão de circunstâncias extraordinárias ou imprevisíveis, que impõem manifesta desproporcionalidade entre prestação e contraprestação, trazendo um dano significativo para uma parte e conseqüente vantagem excessiva para a outra, comprometendo, com isso, a execução equitativa do contrato.³⁸³

O referido instituto encontra guarida no art. 478 do Código Civil Brasileiro o qual esclarece que: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Esse dispositivo consagra a chamada Teoria da Imprevisão, originalmente concebida pelo nome de cláusula *rebus sic standibus*, segundo a qual a convenção firmada entre as partes, a despeito de seu caráter sempre genérico de obrigatoriedade, poderia ser

³⁸¹ HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1089. 25 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8514>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

³⁸² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156.

³⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, 2ª parte. 34. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

alterada ou mesmo resolvida, dependendo das condições que se apresentassem ao caso concreto.³⁸⁴

A teoria da imprevisão considera o contrato não como negócio isolado, mas como algo que se insere dentro de uma realidade e está sujeito às incertezas inevitáveis, próprias e imanescentes do futuro.³⁸⁵ Assim, ela é aplicada quando há modificação das circunstâncias de forma a onerar excessivamente uma das partes, isto é, busca retomar o equilíbrio quando os contratantes não vislumbram mais a mesma realidade em que foi celebrado o contrato. Em última análise, ela está relacionada com o contrato no tempo, e seu objetivo é tutelar as partes da alteração da realidade que era desconhecida no momento da realização do contrato.

Antes de iniciar os pressupostos de aplicação da teoria da imprevisão, necessária se faz uma diferenciação do instituto perante outros encontrados no ordenamento jurídico. A onerosidade excessiva não se confunde com a impossibilidade da prestação (que configuraria caso fortuito e força maior), nem dificuldade de adimplemento que constitui condição do devedor e não qualidade da prestação. Parece bastante óbvio, já que nos casos de onerosidade excessiva a prestação de certa maneira ainda é possível e não existe a perda do objeto, embora essa se torne custosa em virtude de outros motivos.³⁸⁶

A onerosidade excessiva tem como requisitos: a) vigência de um contrato de execução continuada ou diferida; b) superveniência de circunstância imprevisível e extraordinária; c) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no momento da celebração; d) onerosidade

³⁸⁴ SILVA, Gustavo Passarelli da. Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6136>>. Acesso em: nov. 2012.

³⁸⁵ WALD, Arnoldo. Direito Civil. *Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310.

³⁸⁶ CAETANO MARTINS, Samir José. *A onerosidade excessiva no código civil: instrumento de manutenção da justa repartição dos riscos negociais*. Revista forense. v. 391, n. 103. Rio de Janeiro: Forense, mai-jun 2007, p. 235.

excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; e) nexo de causalidade entre o evento superveniente e a consequente excessiva onerosidade.³⁸⁷

Em primeiro lugar, deve-se estar diante de um contrato de prazo ou de duração, pois a superveniência de uma circunstância extraordinária e imprevista, que torne a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, beneficiando a outra parte, deve ocorrer nos contratos de prazo (execução diferida), no momento entre a celebração do negócio e o prazo do cumprimento, ou, nos contratos de duração (execução continuada), durante o cumprimento do contrato.

Cabe lembrar que o devedor não pode estar em mora para alegar a onerosidade excessiva se essa mora não tiver ocorrido justamente pela incidência de uma circunstância extraordinária e imprevista, que torne a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, beneficiando a outra parte. Contudo, se, por acaso, a circunstância tiver ocorrido antes ou algum dos contratantes souber da possível ocorrência dela, o enfoque deslocar-se-á para os vícios de consentimento.³⁸⁸

Em segundo lugar, para que se opere a resolução por onerosidade excessiva, necessita-se de duas condições: uma externa (circunstâncias que determinam o agravamento econômico da prestação e o conseqüente desequilíbrio de valor com a contraprestação) e outra interna (substância do negócio, ou seja, a medida do agravamento e do desequilíbrio).³⁸⁹

A condição externa trata da superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que desequilibrem manifestamente o valor das prestações pactuadas. Se essas circunstâncias estiverem de acordo com o curso ordinário dos acontecimentos e podiam, por isso, ter sido previstas quando da conclusão do negócio, não há razão para tutelar o contraente que não se utilizou da prudência necessária para contratar. Assim, é justo que o risco das circunstâncias ordinárias seja suportado pelos contratantes.

³⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v. 3 São Paulo: Saraiva, 2004, p. 175.

³⁸⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 498 e 499.

³⁸⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p 261.

Portanto, a lei apenas protege contra os riscos totalmente anômalos, os quais fogem à razoável possibilidade de previsão e controle pelos contratantes.³⁹⁰

Ademais, frise-se, por necessário, que os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que desequilibrem manifestamente o valor das prestações devem ter caráter geral, ou seja, manifestando-se não apenas na esfera individual de um contratante, mas sim em todo um mercado ou um setor de relações.³⁹¹ Dito de outro modo, os eventos extraordinários e imprevisíveis devem estender-se para uma camada significativa da sociedade, não justificando uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações.³⁹² Outro ponto a ser salientado é o caráter temporal dos eventos, visto que na proporção que o fato se torna comum, a tendência dos tribunais será a de manifestarem-se contrariamente. Nesse sentido, os acontecimentos imprevisíveis e extraordinários são aqueles inevitáveis, cuja prevenção é algo impossível e mesmo que possam ser previsíveis, suas consequências tornam-se insuscetíveis de reparação.

Por outro lado, a condição interna trata da medida do agravamento e do desequilíbrio das prestações. O desequilíbrio entre prestação e contraprestação deve superar a medida que corresponde às normais oscilações de mercado dos valores trocados. Assim, permanecendo dentro delas as partes não poderão ser libertadas de seus compromissos, pois poderiam ter previsto e se prevenido.³⁹³

Portanto, o contrato só será resolúvel quando a onerosidade excessiva exceder a álea normal do contrato, já que os contratantes têm a seu encargo, nas palavras de Enzo Roppo, “os riscos tipicamente conexos com a operação”, que são os riscos que se inserem no andamento ordinário do dado mercado.³⁹⁴

³⁹⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p 261 e 262.

³⁹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p 262.

³⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 22. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 165.

³⁹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p 262.

³⁹⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p 262.

Em terceiro lugar, tem-se o requisito da onerosidade excessiva para um dos contratantes e o benefício exagerado para o outro. Veja-se que os fatos modificativos incidem, muitas vezes, sobre as duas partes, mas produzem efeitos opostos que maculam o equilíbrio econômico da avença. Logo, a onerosidade excessiva existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, acarretando-lhe um prejuízo demasiado a ser suportado e, por outro lado, um ganho desproporcional para a parte contrária. No mesmo sentido ensinam Ribeiro e Galeski Junior ao afirmarem que:

Além da imprevisibilidade e do caráter extraordinário, a alteração deve provocar concomitantemente uma onerosidade excessiva para uma das partes e uma vantagem injustificada para a outra. Nesta parte, a Lei quer evitar um enriquecimento sem causa de uma das partes à custa do empobrecimento injustificado da outra.³⁹⁵

Ao que pese a regra de equilíbrio entre as partes, buscando-se com isso a justiça contratual, a extrema vantagem é admitida, contudo, apenas como um elemento acidental da alteração das circunstâncias de fato, que, quando não ocorrerem, jamais poderiam impedir a aplicação deste instituto para rever contratos com excessiva onerosidade.³⁹⁶

Segundo o art. 479 do Código Civil Brasileiro de 2002, o beneficiário poderá oferecer-se a modificar equitativamente as condições do contrato para evitar a sua resolução. Apesar disso, observando a mesma lógica que foi utilizada quando se analisou o instituto da lesão, a revisão não é uma faculdade exclusiva do réu, podendo o autor propor ação de revisão, e não apenas de rescisão, como quer o art. 478.

Quando ocorrer a extinção do contrato se der em virtude de alteração das circunstâncias supervenientes, sem que a contraparte tenha praticado ato pela qual responda – caso da resolução por onerosidade excessiva –, haverá extinção do contrato sem indenização. Ademais, vale frisar que, se estivermos diante de um contrato de execução diferida, o efeito da resolução será *ex tunc*, sendo as partes recolocadas na posição existente ao tempo da celebração do contrato; se, porém, estivermos diante de um contrato de execução continuada,

³⁹⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR; Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 31.

³⁹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 125.

o efeito da resolução será *ex nunc*, pois atingirá o contrato apenas na sua duração para o futuro, mantendo-se íntegras as prestações recíprocas já cumpridas.³⁹⁷

De um modo geral, ante as considerações ora apresentadas seja em relação à lesão ou no tocante à onerosidade excessiva, não havendo uma manutenção do negócio por iniciativa das próprias partes, reestabelecendo assim o equilíbrio entre eles, haverá a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário, a fim de que esse resolva a tensão entre os contratantes. Poderíamos, assim, entender que ao Poder Judiciário caberia, em primeiro plano, anular o contrato quando eivado de lesão ou rescindi-lo quando configurada a onerosidade excessiva; ou, em homenagem ao princípio da função social do contrato e visando à manutenção da avença, que contribui não apenas aos contratantes, mas ao próprio mercado, poderia ao invés de invalidar completamente o contrato, extrair deste as cláusulas e condições causadoras da lesão, de modo que, preservando o ato jurídico, elimine dele o seu desequilíbrio³⁹⁸.

Entretanto, adverte Humberto Theodoro Júnior que o Poder Judiciário não está credenciado para alterar a substância do contrato, mesmo quando esse estiver eivado de má-fé por uma das partes, haja vista que o acordo de vontades continua sendo o fundamento desse tipo de negócio bilateral.³⁹⁹ Esclarece o referido autor que:

O juiz pode interpretá-lo e suprir-lhe lacunas, segundo os usos e costumes. Pode decotar-lhe cláusulas ou condições ilícitas ou imorais. Não lhe cabe, porém, a pretexto de apoiar-se na boa-fé, recriar o conteúdo do contrato, em moldes diferentes daqueles fixados pelo acordo bilateral de vontades que lhe deu origem.⁴⁰⁰

Portanto, a revisão somente será possível quando a parte prejudicada tomar a iniciativa para tanto. Do contrário, a solução do caso será aquela prevista na legislação pertinente. Todavia, ao que pese essas observações, poderia fazê-lo em sede de contratos interempresariais, isto é, quando as partes contratantes estivessem na relação jurídica em pleno

³⁹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 63 e 64.

³⁹⁸ GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina – jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 149.

³⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

⁴⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 29.

exercício da atividade empresarial? Em outras palavras, seria legítimo ao Poder Judiciário, adequar um contrato eivado de lesão ou de onerosidade excessiva de modo a eliminar a desproporção de suas prestações quando encontramos nos polos contratuais empresários ou sociedades empresárias, mesmo quando esses a solicitarem? Diante desses questionamentos é que no próximo tópico abordar-se-á a possibilidade de aplicação dos institutos aos contratos empresariais.

3.2 – Inaplicabilidade da lesão e da onerosidade excessiva como regra aos contratos interempresariais

Com o intuito de fazer valer o ideal de justiça comutativa, preservando a dignidade humana, o interesse social e fomentando o tráfico do mercado, o ordenamento jurídico brasileiro atual apresenta em alguns dispositivos legais, como no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, elementos que visam à proteção da parte mais fraca da relação jurídica contratual. Dentro desse panorama que se destacam os referidos institutos da lesão e da onerosidade excessiva.

Não se discute, ao menos em princípio, que toda pessoa é livre para, dentro dos limites legais, utilizando-se do seu livre arbítrio, celebrar um contrato. Para tanto se espera que essa pessoa seja diligente, cerque-se de tantas quanto forem às informações necessárias para o estabelecimento da obrigação, não se valendo de fraude ou violência contra a outra parte com quem trata ou contra terceiro, prejudicando seu direito. Em suma, trata-se de considerar que toda e qualquer pessoa que venha a celebrar algum contrato, seja ele de qual natureza for, deve guardar tanto na sua conclusão, como ao longo de toda a sua execução, o respeito aos princípios da probidade e boa-fé, em conformidade com o disposto no artigo 422 do Código Civil.⁴⁰¹

⁴⁰¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 247.

Paula A. Forguioni, fazendo referência aos ensinamentos de Cairu, informa que toda pessoa

pode, no ajuste do preço, tirar a possível vantagem, estipulando-a com franqueza e boa-fé. Porém, a boa razão impede que haja abuso do domínio ou de qualquer outra faculdade humana e social. Sobretudo nas transações do comércio que, por serem aceleradas, e peremptórias, muitas vezes se fazem na confiança da boa-fé do vendedor, supondo-se que ele exige um preço razoável, e comum.⁴⁰²

Como já tratado anteriormente no presente estudo, os comerciantes (empresários) presumem-se hábeis e perspicazes nos negócios firmados em razão da atividade por eles desempenhada. Trata-se do entendimento de que a atividade exercida pelo empresário ou pela sociedade empresária classifica-se como profissional, haja vista que o exercício profissional da atividade mercantil exige do empresário diligência no trato comercial⁴⁰³, afastando de seu comportamento qualquer escusa ou ignorância. É nesse sentido que se fundou o enunciado nº 28, exarado na I Jornada de Direito Comercial, o qual dispõe que “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”.⁴⁰⁴

Um ponto que ilustra bem a ideia do profissionalismo é a necessidade de obtenção de informações para a celebração do negócio jurídico. Por óbvio, não se espera que, no momento em que o contrato está sendo realizado, as empresas efetivamente disponham de todas as informações sobre o negócio ou sobre o contexto fático que o circunda, até porque tal expectativa seria impossível. Desse modo, o que se espera do empresário é um razoável esforço para obter as informações sobre o negócio, pois, caso não apresente um

⁴⁰² FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 247.

⁴⁰³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 247.

⁴⁰⁴ O que se defende é a inaplicabilidade do instituto da lesão aos contratos interempresariais, haja vista a exigência intrínseca ao exercício da atividade empresarial do comportamento profissional. Entretanto, a referida figura lesiva também pode ser alegada diante da configuração da premente necessidade. Nessa hipótese, é forçoso admitir que o instituto em comento possa ser suscitado pela parte prejudicada com o intuito de ver anulada a avença celebrada, bem como propor a sua revisão com o intuito de salvar o contrato. Todavia, compreende-se essa hipótese, para os contratos interempresariais, como situação excepcional e que deverá ser avaliada diante de cada caso concreto. Ressalte-se, portanto, que ante os esclarecimentos apontados no presente trabalho, semelhante conclusão não pode ser aventada sob a justificativa de inexperiência do empresário ou da sociedade empresária.

comportamento diligente nesse sentido, assume o risco de formar um conhecimento incompleto, o que poderá prejudicá-lo, uma vez que se presume que a sua opção foi consciente. É nesse sentido que ensina Paula A. Forgioni quando informa que

o ordenamento exige que o empresário empregue diligência normal dos homens sensatos e prudentes para granjear as informações referentes à contratação. (...) Por outro lado, a empresa que detiver grau de informação inferior àquele que dela seria esperado deverá suportar os eventuais prejuízos decorrentes dessa falta. Com efeito, muitas vezes o agente econômico tem consciência de que possui quantidade de informações aquém do ideal. Se, mesmo assim, segue com o negócio, deverá arcar com os riscos correspondentes a essa sua estratégia.⁴⁰⁵

Dentro dessa linha de raciocínio, a obtenção de informações para a celebração de um contrato empresarial, deverá respeitar os padrões de boa-fé, ou seja, deve-se tomar a quantidade e a qualidade de dados normalmente oferecidos em negociações semelhantes. Aqui se encontra uma diferença entre o sistema consumerista e o comercialista. O padrão imposto aos homens de negócio supõe que buscarão diligentemente as informações necessárias à tomada da sua decisão; ao contrário, “não se espera do consumidor grande empenho na coleta de dados a partir do momento em que o fornecedor está vinculado à ‘transparência obrigatória nas relações de consumo’”.⁴⁰⁶ No mesmo sentido posiciona-se Carlos Ferreira de Almeida ao afirmar que “a probabilidade de se enganar é muito maior por parte de quem não é profissional no exercício do comércio; as empresas são declarantes (e declaratórios) experientes e esclarecidas”.⁴⁰⁷ Por sua vez, Irineu Galeski Júnior e Maria Carla Pereira Ribeiro esclarecem que

as relações jurídicas entre empresários (...) não podem estar sujeitas a uma norma de interpretação baseada nos princípios aplicáveis numa relação de consumo, sobretudo em razão da situação de hipossuficiência que permeou toda elaboração das normas especiais aplicáveis em benefício do consumidor,

⁴⁰⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 140.

⁴⁰⁶ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 141-142.

⁴⁰⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 26.

com o propósito de forjar legalmente remédios às consequências da desigualdade material.⁴⁰⁸

Desse modo, por se tratar os contratos interempresariais como aqueles firmados entre iguais, não se vislumbra a necessidade de cumprir uma das faces da função social do contrato, isto é, a garantia do equilíbrio contratual. A equivalência entre polos da relação contratual garante que a livre negociação resulte em uma contratação justa.

Logo, a existência de certa desproporção entre as prestações nos negócios deve ser examinada com parcimônia, sobretudo em se tratando de práticas empresariais, haja vista a finalidade de lucro que as guia. Humberto Theodoro Júnior esclarece que “*não se pode exigir uma absoluta igualdade na equação contratual, porque no comércio jurídico é natural procurar-se o lucro que só é atingível se um dos contratantes exigir uma certa vantagem sobre o outro*”.⁴⁰⁹

A desproporção deve ser, consoante previsão legal, manifesta, sob pena de ser entendida como o justo lucro advindo da negociação, sendo certo que não é este que a lei visa coibir, não viciando o negócio. Veja-se, desse modo, que a existência apenas do desequilíbrio objetivo (desproporção entre as prestação e contraprestação) nos contratos interempresariais não macula a justiça contratual.

Entretanto, quando esse se torna excessivo, motivado por interesses escusos de uma das partes, isto é, proporcionada por um desequilíbrio subjetivo, a intervenção judicial torna-se necessária, com o intuito de fazer valer uma outra face da função social, ou seja, a busca do bem comum. “*O intolerável é a exorbitância do lucro, por meio de imposições que representem a exploração desonesta de uma parte sobre outra.*”

Seguindo esse raciocínio, o Código Civil de 2002 previu circunstâncias excepcionais que se verificadas no caso concreto limitam o integral exercício do princípio do

⁴⁰⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR; Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 33-34.

⁴⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. III, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 221.

pacta sunt servanda.⁴¹⁰ Nesse sentido, a intervenção judicial no domínio do contrato deve ser compreendida por aqueles remédios tipificados em lei, ou seja, “por meio dos institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato”.⁴¹¹

Contudo, a atuação do Judiciário não representa o poder de substituir ou modificar o acordo de vontades formador de contrato. Não compete ao magistrado alterar a substância do contrato. Na verdade, “o juiz pode interpretá-lo e suprir-lhe lacunas, segundo os usos e costumes”; bem como “pode decotar-lhe cláusulas ou condições ilícitas ou imorais”.

Todavia, não lhe é dado o direito de “recriar o conteúdo do contrato, em moldes diferentes daqueles fixados pelo acordo bilateral de vontades que lhe deu origem”.⁴¹² Portanto, mesmo quando o Código Civil reprime a lesão e a onerosidade excessiva, não o faz para diretamente abrir ao prejudicado e ao juiz a possibilidade imediata da revisão judicial.⁴¹³

Se a justiça contratual é garantida na contratação entre iguais, isso significa que o contrato resultante dessa negociação não irradia efeitos negativos para a sociedade por não apresentar desproporção entre as prestações. Resta, porém, buscar ao máximo nesse tipo de contratação o alcance do bem comum. Defende-se que, nos casos de contratos interempresariais firmados entre iguais, o bem comum é atingido quando se garante a liberdade de contratar.⁴¹⁴

Uma questão que poderia ser levantada diante do referido entendimento é: o contrato de adesão celebrado entre empresários implica em considerar o aderente como vulnerável? Tal entendimento não procede, haja vista que a relação estabelecida entre empresários, como já trabalhado no presente trabalho, é compreendida como paritária. Nesse sentido, Silvia Dias da Costa Machado esclarece que o fato de ser utilizado um contrato pré-

⁴¹⁰ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Novo Código Civil. In: PASINI, Nelson; LAMERA, Antônio Valdir Úbeda; TALAVERA, Glauber Moreno (Coord). *Simpósio sobre o Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2003, p. 100.

⁴¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123-124.

⁴¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28-29.

⁴¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30.

⁴¹⁴ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 152-153.

elaborado por um dos contratantes profissionais não é suficiente para determinar que exista a vulnerabilidade do outro. Seguindo esse raciocínio esclarece que

no mais das vezes, a escolha de um contrato por adesão com o estabelecimento de condições gerais é apenas um caminho para dar agilidade ao negócio. Da mesma forma, pode ser uma via para a agilidade o fato de o texto do contrato estar incompleto ou com apenas algumas cláusulas que remetam às condições gerais, configurando essa incompletude uma estratégia para dar liberdade de ação às partes, que deixam espaço para o contrato ser completado, futuramente, conforme a necessidade de regradar novas situações. A falta de disciplina contratual sobre determinado item pode, assim, representar uma “opção de flexibilidade” para os contratantes, uma estratégia de gestão do risco contratual, uma evidente representação de autonomia privada das partes e não uma diminuição desta.⁴¹⁵

Outro ponto que também poderia suscitar uma certa inquietude seria o caso da existência de condição econômica mais vantajosa de um dos contratantes fazendo com que este domine a contratação. Dessa realidade surgiria a seguinte pergunta: poder-se-ia falar em assimetria entre os contratantes e conseqüentemente reconhecimento de vulnerabilidade e aplicação do sistema protetivo inerente a essa definição? Veja-se que essa assimetria de “*status* econômico”, no entender de Ana Prata⁴¹⁶, deve ser entendida no caso concreto e, se reconhecida, deve acarretar a possibilidade protetiva fundada na inferioridade econômica.

Entretanto, a avaliação de existência ou não de vulnerabilidade econômica da parte passará, necessariamente, pela análise do porte da contratação. Nesse sentido aponta um exemplo retirado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se decidiu que não poderá uma empresa que celebrou um contrato de mais de um milhão de reais alegar vulnerabilidade econômica, ainda que o capital social seja de modestos vinte mil reais.⁴¹⁷ Portanto, acentua Silvia Dias da Costa Machado que

⁴¹⁵ MACHADO, Silvia Dias da Costa. *Pautas para a interpretação dos Contratos por Adesão nas relações interempresariais regidas pelo Código Civil*. Dissertação apresentada ao PROGRAMA de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para a concessão do grau de mestre em Direito Civil. Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 51.

⁴¹⁶ PRATA, Ana. *A tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 89.

⁴¹⁷ REsp nº. 684613/SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 21/06/2005. Publicado no DJ em 01/07/2005.

a inferioridade econômica deve ensejar o maior intuito protetivo do empresário-aderente, uma vez que reforça sua vulnerabilidade diante do estipulante. A proteção constante do art. 423 (do Código Civil de 2002), ainda que genérica, apenas determinando que o contrato deva ser interpretado em favor do aderente, dará abertura ao intérprete para que atue no sentido de reequilibrar o contrato. Não é necessário que se migre para o Código de Defesa do Consumidor, fazendo grande esforço para ver na figura do empresário um 'consumidor', para justificar a proteção. Basta que se verifique a condição de vulnerável pelo Código e que, nestes casos, é reforçada pela posição de contratante inferior economicamente.⁴¹⁸

Desse modo, nos contratos empresariais, compreendidos como aqueles utilizados pelos agentes econômicos no exercício de sua atividade profissional, de forma essencial à consecução do objeto da empresa, e, que apresentam nos dois polos empresários, as partes serão tidas como em igualdade de condições quanto à capacidade de expressar sua vontade, e, fruto de sua especificidade, o risco é um elemento indissociável de sua conformação. A existência do fator risco distancia a aplicação da imprevisão e da onerosidade excessiva como fatores justificadores de alterabilidade de suas cláusulas⁴¹⁹, inviabilizando, portanto, sua aplicação aos contratos interempresariais.⁴²⁰

Por outro lado, Paula A. Forgioni informa que alguns autores compartilham o entendimento no sentido de que o instituto da lesão não integra o sistema mercantil, muitos deles remetendo-se à disposição constante do artigo 220 do Código Comercial revogado de

⁴¹⁸ MACHADO, Silvia Dias da Costa. *Pautas para a interpretação dos Contratos por Adesão nas relações interempresariais regidas pelo Código Civil*. Dissertação apresentada ao PROGRAMA de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para a concessão do grau de mestre em Direito Civil. Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 63-64.

⁴¹⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR; Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 225.

⁴²⁰ O que se busca defender é a inaplicabilidade da onerosidade excessiva como regra aos contratos celebrados entre empresários. Os riscos ora admitidos são aqueles, como vistos, passíveis de previsão, haja vista a natureza do objeto transacionado. O que se está a afirmar é a inaplicabilidade do instituto frente à álea ordinária do negócio. Entretanto, forçoso admitir que não se pode afastar a possibilidade de acontecimentos supervenientes, imprevisos ou imprevisíveis, isto é, trata-se da álea extraordinária. Por exemplo, se o mundo for surpreendido com uma terceira guerra mundial, não tendo havido nenhuma demonstração nos últimos tempos de qualquer manifestação hostil que pudesse levar a essa suspeita; bem como o caso de o planeta ser atingido por um asteroide que causasse danos inimagináveis; nesses casos, por mais que possamos pensar nessas hipóteses, as circunstâncias políticas, econômicas, sociais e naturais não apresentam qualquer indício que deva levar eventuais contratantes a se resguardar de possíveis acontecimentos prejudiciais ao negócio celebrado. Logo, é necessário reconhecer que em circunstâncias excepcionais, motivado por acontecimentos extraordinários, fatos supervenientes podem sujeitar contratos interempresariais a onerosidade excessiva. Contudo, saliente-se que ante os esclarecimentos apontados no presente trabalho, semelhante conclusão não se aplica nos casos de áleas ordinárias do negócio.

que “a rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”.

Diante dessas considerações, o intérprete deve ter atenção e cuidado para que o texto do novo Código Civil não seja aplicado de forma a neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis no mercado, devendo ser respeitada a álea normal do contrato e as condições, muitas vezes de risco, nas quais se encontram os empresários. “A reanimação do instituto da lesão em nosso sistema jurídico agora unificado (com o novo Código) não pode ser empregada para aviltar o comércio jurídico”.⁴²¹

Assim, quando estiverem envolvidos negócios celebrados entre empresários, questiona-se se será desconsiderada a força do contrato, seja por lesão ou onerosidade excessiva, quando uma das partes “errar” na sua previsão? Logo, “a questão teórica que vem à mente é a explicação do erro, partindo da pressuposição de que os agentes atuariam, sempre, de forma racional, visando à obtenção do melhor resultado”.⁴²²

A empresa deve ser considerada como um centro de tomadas de decisões, onde há alocação de recursos que não derivam apenas do comportamento dos preços, mas principalmente da escolha do empresário que visa primordialmente à obtenção de lucro. Na busca por esse interim, o empresário deverá pautar o seu comportamento pelo padrão de cuidado e diligência empresarial.

Como bem colocado por Renato Ventura Ribeiro, o dever de diligência é dever de prudência no exercício da atividade empresarial e de atuação conforme a especificidade do mundo negocial e os critérios admitidos em cada setor de atividade. Nos contratos empresariais, o dever de diligência exige de o empresário estar munido das informações necessárias para desempenhar sua empresa (conhecimento do mercado, política e

⁴²¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 248.

⁴²² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 15.

produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções, informações sobre a concorrência).⁴²³

Conforme verificado, dentre os deveres de diligência está o de não praticar erros graves, caracterizados estes como condutas culpáveis, imperitas ou imprudentes. Como exemplo do que um empresário não deve fazer, tem-se “a prática de operações especulativas e arriscadas, com risco elevado ou desproporcional ao benefício esperado, bem como aquelas com faltas de garantias ou que impliquem endividamento excessivo”.⁴²⁴ Nesse sentido, esclarece Paula A. Forgioni que

um sistema que permite o contratante liberar-se de seus compromissos porque, no seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor.⁴²⁵

O direito comercial não vê o empresário como um tolo irresponsável e, por sua vez, o ordenamento jurídico, considerado em sua plenitude, não pode ter a função de corrigir equívocos eventualmente praticados. Entretanto, isso não exclui a atuação do Estado para, implementando uma política pública, propiciar condições de concorrência e, conseqüentemente, de sobrevivência para as empresas menos poderosas ou em posição de sujeição.⁴²⁶ Dito de outro modo, “o empresário não pode ser poupado de seus erros”.⁴²⁷

O agente econômico pode cometer erros em suas jogadas e previsões. A possibilidade de equívoco é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais. Dessa forma, Paula A. Forgioni expõe seu entendimento no sentido de que

⁴²³ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 227.

⁴²⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 231.

⁴²⁵ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 17.

⁴²⁶ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 16.

⁴²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Os contratos de colaboração empresarial*. Conferência magna de abertura do I Simpósio de direito privado e processo civil Maurício Cardoso. Faculdade de Direito da PUCRS: Porto Alegre. Realizado em 18/11/2009.

os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo comercial. (...) Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente).⁴²⁸

Pode-se compreender que o erro é aceitável dentro do sistema porque não é o “infalível” mercado que determina as jogadas, mas sim a lógica do empresário. Para cada agente econômico, uma jogada, uma conclusão, independentemente que tenha ele utilizado para suas decisões as mesmas variáveis observadas por outrem. Dado o “estímulo” pelo meio, cada qual agirá de uma determinada maneira, mesmo considerando todos os *players* como economicamente racionais.⁴²⁹

Na visão de Paula A. Forgioni, essa análise tem efeitos práticos relevantes para o direito. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua álea normal e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis.⁴³⁰

Desse modo, nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Como regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito).

Não fosse assim e o sistema jurídico [i] estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconomia clássica,

⁴²⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

⁴²⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-94.

⁴³⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-94.

porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou [ii] desestimularia as contratações.⁴³¹

Seguindo esse raciocínio, a compreensão que se extrai é de que um ordenamento que – em nome da proteção do agente econômico mais fraco – neutralizasse demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário poderia acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito. Nas palavras de Paula A. Forgioni:

Em termos bastante coloquiais, o remédio erradicaria a doença, mas também mataria o doente. Seria, por assim dizer, a condenação da busca pela vantagem competitiva (definida no § 1º do art. 20 da Lei Antitruste brasileira – Lei nº 8.884, de 1994 – “A conquista do mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”).⁴³²

Todavia, a referida autora chama a atenção para pontuar duas observações. Em primeiro lugar, a mesma lógica do direito comercial não pode e não deve ser aplicada, tal e qual, a relações jurídicas das quais participam terceiros que não empresários. Cite-se, por exemplo, as relações entre fabricantes e consumidores (inclusive para fins de proteção de mercado) são regidas por cânones diversos, em que se garante proteção para a parte tida como hipossuficiente. Em outras palavras, o direito comercial não se presta a uma “consumerização”. Em segundo lugar, “ainda que considerando relações entre empresários, é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de consagrarmos igualdade meramente formal”.⁴³³

Dessa forma, deve-se ressaltar que ao que pese o erro ser uma conduta natural de qualquer indivíduo, esse não pode ser indiscriminadamente tutelado, ainda mais quando se trata de negócios jurídicos celebrados entre empresários. A tutela dos interesses particulares dos agentes econômicos e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto. Se houver o consentimento institucional em liberar os empresários dos seus compromissos contratuais só porque

⁴³¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-94.

⁴³² FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-94.

⁴³³ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-94.

lamentam que a operação não lhes deu os lucros esperados, como afirmou Ricardo Lupion, “resultariam revolucionados não só as expectativas de lucro alimentadas em relação á mesma operação, pela parte contrária, mas todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas”.⁴³⁴

Assim, a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta, por si só, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, buscando-se a revisão ou a rescisão do negócio jurídico seja por onerosidade excessiva ou lesão, haja vista o princípio de que certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo o contraente o deve assumir. Como ensina Lupion,

assegurando o devido respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstrata possibilidade do lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos operadores singulares que agem no mercado.⁴³⁵

Assim, no contexto empresarial, não se pode permitir ao contraente liberar-se dos seus compromissos simplesmente porque a operação não trouxe o lucro pretendido, sob pena de subversão completa do sistema e insegurança e imprevisibilidade comprometedoras.⁴³⁶ Nesse sentido, as consequências dos erros nas avaliações subjetivas de cada empresário devem ser por ele exclusivamente suportados, não devendo a revisão de contratos ou de cláusulas contratuais, ou anulação integral do negócio jurídico, servir para corrigir maus negócios empresariais.

Dentro desse raciocínio de diligência que é exigido do empresário e que serve para resguardar ou minimizar a ocorrência do erro, encontra-se, também, a força normativa dos usos e costumes do mercado. Trata-se do estilo empresarial que corrobora a

⁴³⁴ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167.

⁴³⁵ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167/168.

⁴³⁶ FORGIONI, Paula A. *Interpretação dos negócios empresariais*. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

ideia de que a legítima expectativa da outra parte há de ser preservada, de acordo com o que normalmente ocorre no mercado.⁴³⁷ Diante disso, é certo que o parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos comerciantes acostumados a praticar a espécie do negócio, e não do cidadão comum.⁴³⁸

Sendo assim, não caberia a alegação da lesão, eis que não haveria que se falar em inexperiência no momento de contratar. Além disso, não necessariamente estar-se-ia caracterizado o dolo de aproveitamento que, como visto, caracteriza-se pela exploração do lesado. Ora, se a situação de normalidade é a de que os empresários estão acostumados ao trato comercial, não haveria condição de inferioridade no momento da contratação. Faltaria, portanto, o requisito subjetivo da lesão.

Raciocínio semelhante pode ser considerado para afastar a incidência da onerosidade excessiva nos contratos empresariais de natureza aleatória, isto é, aqueles contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência de valores.⁴³⁹ Segundo Danilo Ferreira Figueiredo, “a eventualidade faz parte da natureza dos contratos aleatórios”⁴⁴⁰.

Como anota Orlando Gomes, o contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido.⁴⁴¹ Caio Mário da Silva Pereira, sustenta posição compatível, dizendo, em sua obra, que nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e

⁴³⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

⁴³⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 231.

⁴³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 22. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 68.

⁴⁴⁰ FIGUEIREDO, Dannilo Ferreira; SANTOS, Thiago Silva. *A Teoria da Imprevisão e a sua (in)aplicabilidade nos contratos aleatórios por natureza*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10206http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10206. Acesso em: nov. 2012.

⁴⁴¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 36.

não do acontecimento imprevisto, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito predeterminado.⁴⁴²

Há doutrinadores brasileiros que entendem ser possível a aplicação desse instituto aos contratos aleatórios por natureza, desde que o evento alterador da base contratual não se relacione com sua álea específica de dúvidas, de incertezas. Se àquela álea estiver ligado, seu emprego será afastado.⁴⁴³ “A teoria da onerosidade excessiva deve funcionar de maneira excepcional, como forma de se evitar as injustiças que surgem de mudanças sociais e econômicas”.⁴⁴⁴

Considerando que os contratantes, ao celebrarem o negócio jurídico, levaram em consideração todo o complexo ambiente econômico no qual se inserem e, conseqüentemente, previram de forma razoável os seus efeitos para o futuro, o contrato terá de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado.⁴⁴⁵ Veja-se, com isso, que os contratos aleatórios são incompatíveis com a teoria da imprevisão, porquanto sua principal característica é a incerteza com relação aos acontecimentos futuros, até mesmo quanto ao objeto da avença.

O contrato aleatório, certamente haverá no risco o seu principal elemento, seja quanto a existência do bem objeto da negociação, seja ainda com relação a quantidade em que virá a se verificar. Já nos contratos comutativos essa incerteza não ocorre, uma vez que os contratantes sabem, logo no início da relação jurídica contratual, a extensão de suas obrigações, bem como existe certa equivalência entre as prestações assumidas. Dessa forma, a diferença básica entre as duas modalidades contratuais reside no fato de que nos contratos aleatórios o risco é da sua essência, ao passo que nos comutativos, a relativa certeza quanto às condições em que o negócio irá se desenvolver e a equivalência de prestações é sua principal

⁴⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 22. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167.

⁴⁴³ BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

⁴⁴⁴ FIGUEIREDO, Dannilo Ferreira; SANTOS, Thiago Silva. *A Teoria da Imprevisão e a sua (in)aplicabilidade nos contratos aleatórios por natureza*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10206http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10206. Acesso em: nov. 2012.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 165.

característica.⁴⁴⁶ Nesse sentido, informa Gustavo Passarelli Silva apenas a título de elucidação que

o mercado de soja, (*commodities*), tem seus parâmetros vinculados especificamente à bolsa de Chicago, bem como à moeda norte-americana, dada a sua expressa vinculação para o mercado externo. O plantio da soja é normalmente feito no mês de outubro (final) e novembro, sendo que a colheita dá-se em março (final) e abril. Conseqüência clara da sazonalidade da produção é o fato de que nos momentos de colheita o preço do produto sofre considerável baixa, dada a grande oferta, bem como durante os meses de junho e dezembro ocorre a alta decorrente da falta de grãos no mercado. Portanto, é praxe nesse segmento da economia que os produtores alienem antecipadamente o produto de sua lavoura (venda aleatória, portanto, nos moldes dos artigos 458 e 459 do Código Civil), na medida de suas necessidades, de modo a fixar antecipadamente o preço e garantir um rendimento mínimo para o ano seguinte (...). O negócio é vantajoso para ambos os contratantes: para os produtores que garantem antecipadamente um preço razoável para seu produto, especialmente em se considerando que no momento da colheita essas condições não poderão ser observadas, dado o aumento da oferta, e também para as empresas que comercializam o produto, que conseguem, também de forma antecipada, celebrar contratos no mercado externo, para entrega futura.⁴⁴⁷

Veja-se que não é plausível falar em fato superveniente que venha a ser extraordinário e imprevisível, haja vista que a soja é produto vocacionado ao mercado externo, tendo seus valores atrelados à bolsa de valores, sendo, portanto, primário acreditar que o preço não venha a experimentar oscilações devido a fatores exógenos. Da mesma forma, não se pode aceitar o argumento de que houve alteração radical na situação dos contratantes, nem mesmo prejuízo para o produtor, pois o que se observa no caso, quando muito, é a diminuição do lucro, dado o aumento inesperado do preço. Como o contrato aleatório tem no risco o seu principal elemento é justamente nesse ponto que reside à inaplicabilidade da teoria da imprevisão a essa modalidade contratual, pois da mesma forma que o preço do produto experimentou elevação, poderia ocorrer o contrário, sem que as empresas voltadas ao mercado

⁴⁴⁶ SILVA, Gustavo Passarelli da. Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6136>>. Acesso em: nov. 2012.

⁴⁴⁷ SILVA, Gustavo Passarelli da. Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6136>>. Acesso em: nov. 2012.

de cereais invoquem a teoria da imprevisão para efetuar pagamentos em preços inferiores ao contratado.⁴⁴⁸

Se o preço do produto já era extremamente favorável ao produtor no momento da negociação, por certo que deveria haver obediência às condições do contrato, pois do contrário, seria lícito autorizar, em qualquer caso de descontentamento com as consequências da execução do contrato, que a parte pudesse invocar a teoria da imprevisão, o que acarretaria a inevitável insegurança às relações jurídicas.

Ocorre que, diferentemente do que pode parecer, não existe enriquecimento exagerado por parte das empresas comercializadoras de grãos, pois no exato momento em que o contrato é firmado com o produtor, ocorre o que denomina de travamento do preço (*hedge*) junto à Bolsa de Mercadorias de Chicago, com preço também fixo. Assim, posteriores alterações do valor ou da moeda, não causarão qualquer influência nos contratos já celebrados, pois já houve comprometimento no mercado externo do produto, seja no que diz respeito a sua quantidade, seja quanto ao preço. Dessa forma,

(...) uma simples alta ou baixa de preços não seria necessariamente um fator de justificativa para a alteração [do contrato]. Todo contratante está sujeito a riscos, especialmente nos contratos empresariais, e, somente um excesso em relação ao limite admitido, imprevisto e imprevisível, adequar-se-ia às condições para modificação. Por essa linha de pensamento, não se enquadrariam nas condições de revisão do contrato aquelas situações previamente aceitas em razão da consciência dos riscos de uma futura alteração da situação econômica.⁴⁴⁹

Corroborando o entendimento ora apresentado, cabe explicitar trecho da decisão judicial exarada na Apelação Cível nº 128136-3/188, também do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, com relatoria do Desembargador Alfredo Abinagem:

No que pertine à aplicação da teoria da imprevisão, em regra, não é possível rever judicialmente um contrato aleatório, seja pela ocorrência de uma

⁴⁴⁸ SILVA, Gustavo Passarelli da. Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6136>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁴⁴⁹ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 106.

imprevisibilidade ou em virtude da simples onerosidade, pois o risco, em tais casos é da essência do negócio celebrado.

A teoria da imprevisão, consagrada no artigo 478 do Código Civil, admite a resolução ou revisão do contrato por reconhecer que acontecimentos novos e imprevisíveis, pelas partes, rompem a base econômica ou a execução do pacto, afastando, assim, a força vinculante deste.

No vertente caso, afirmam os apelantes que o fungo, denominado, Ferrugem Asiática, e o uso de fungicida, cujo valor teve alta no mercado, são fatos imprevisíveis que geraram onerosidade excessiva, ensejando, para tanto, a impossibilidade do contrato.

Alegação esta totalmente descabida. A ocorrência de praga na agricultura é fato totalmente previsível, vez que suscetível sua ocorrência em toda e qualquer plantação. Não é diferente quanto à ferrugem asiática, haja vista que este tipo de fungo incidiu nas lavouras de soja da safra de 2001/02, conforme artigo da EMBRAPA acostado às fls. 40/47 dos autos. (...) Desta forma, diante da ausência de quaisquer imprevisibilidades e fatos extraordinários, deve-se aplicar o princípio da *pacta sunt servanda*, sendo fundamental o estrito cumprimento do contrato em questão.

No que concerne à elevação do preço da soja no mercado, ocorrida entre a data da avença e a data prevista para a entrega do produto, esta por si só não é fato imprevisível e extraordinário (...).⁴⁵⁰

No mesmo sentido, vale observar o disposto na Apelação Cível nº 275921-90.2003.8.09.0117, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, de relatoria do Desembargador Kisleu Dias Maciel Filho:

(...) Cinge-se o deslinde do presente recurso à verificação de ocorrência de situações que justifiquem a rescisão do contrato firmado entre as partes e nulidade da respectiva Cédula de Produto Rural – CPR.

Consta dos autos que as partes firmaram avença de compra e venda, tendo por objeto a comercialização de soja em grãos, safra 2002/2003, fls. 23/27, com garantia de Cédula de Produto Rural (CPR) - fls. 21/22, convencionando o preço e prazo de entrega do produto, gerando responsabilidades para ambas as partes.

Pois bem, uma vez ajustado o contrato, faz ele lei entre as partes, à luz do princípio *pacta sunt servanda*. O seu descumprimento ocasiona sanções à parte que não satisfazer com sua obrigação.

Efetivamente, cuida-se de um ato jurídico perfeito, não competindo ao Poder Judiciário sua desconstituição, em prestígio à estabilidade das relações, evitando, até mesmo, a insegurança social e jurídica que poderia levar à permanente possibilidade de revisão dos negócios firmados, como no caso dos autos, cabendo, a quem os firma, verificar as condições no momento em que contrai a avença.

O princípio da autonomia da vontade do direito contratual prevê que as partes tem extensa liberdade de contratar, sem interferência do Estado. Destarte,

⁴⁵⁰ Apelação Cível 128136-3/188, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Rel. Des. Alfredo Abinagem, julgado em 16/12/2008, DJ 06/02/2009. Disponível em: www.tjgo.jus.br. Acesso em: dez. 2012.

estabelecido o contrato, é ele tido como válido, cabendo aos contratantes o dever de cumpri-lo, posto que suas vontades manifestadas devem ser respeitadas.

A recorrente sustenta a inaplicabilidade da teoria da imprevisão, afirmando, em outras palavras, não ser permitido ao emitente de cédula rural se libertar do vínculo contratual, na hipótese de sobrevir oscilação no preço do produto comercializado, ou de insumos.

Sabe-se que, no momento da pactuação do preço, o produtor calcula o custo, os riscos e o lucro da venda do produto. Assim, a simples oscilação do preço da soja no mercado, entre a data da celebração do contrato e a da entrega do produto não caracteriza a ocorrência de fato extraordinário nem imprevisível, notadamente pelo fato de que a variação do preço da soja, que é cotado em dólar, mostra-se perfeitamente previsível, como habitualmente acontece.

Efetivamente, a diferença no preço da soja não significa necessariamente que tenha ocorrido onerosidade excessiva e prejuízo ao recorrido/autor, o que se daria se o preço pactuado fosse igual ou inferior ao do custo da produção da soja, o que não restou provado nos autos.

Como se vê, no caso sub examine, não houve o desequilíbrio das prestações nem imprevisibilidade do fato ocorrido, pois a imprevisão é o desequilíbrio nas prestações convencionadas pelas partes por conta de acontecimentos ulteriores à celebração do contrato, independentemente da vontade dos contratantes e que se mostram tão extraordinários, que seria impossível prevêê-los, o que a oscilação do preço da soja não o é.

Assim, não estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para que possa haver uma resolução contratual, consoante equivocadamente entendeu o Juiz *a quo*.

Dessa forma, as duas partes ficaram conscientemente sujeitas aos riscos inerentes ao contrato no momento em que decidiram contratar, tanto o comprador quanto o vendedor, que, por ser um contrato de risco, “tudo” poderia acontecer, inclusive situações previsíveis como a oscilação do preço do produto, gastos com pragas etc.

Para que se justifique a rescisão contratual pela ocorrência de lucro excessivo por parte da apelada, deve existir uma comprovação do mesmo, não sendo suficiente apenas se alegar que os custos operacionais aumentaram e que houve uma valorização do produto além do contratado.

Destarte, o contrato em questão não deve ser rescindido, pois a questão trazida à apreciação judicial não se encaixa na norma prevista no citado artigo 478 do atual Código Civil, vez que não restou demonstrado cabalmente o alegado prejuízo e a excessiva vantagem, sendo inviável a rescisão pleiteada.

Não houve, na hipótese, ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, artigo 422 do citado *Codex*, porquanto no momento da celebração do pacto o preço fixado para a saca de soja era o do mercado à época, não existindo qualquer situação que demonstre má-fé da recorrente. (...).⁴⁵¹

⁴⁵¹ Apelação Cível nº 275921-90.2003.8.09.0117, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, de relatoria da Desembargadora Kisleu Dias Maciel Filho, julgado em 31/10/2012, DJ 12/12/2012. Disponível em: www.tjgo.jus.br. Acesso em: dez. 2012.

Ademais, cabe ressaltar que esse assunto também já foi tratado no Superior Tribunal de Justiça, sendo o voto proferido pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira, nos autos do Recurso Especial nº 936.741-GO, emblemático para pontuar o debate ora desenvolvido, senão vejamos:

(...) É preciso deixar claro que o caso dos autos refere-se a contratos empresariais e não a contratos de consumo, nos quais se tem defendido, atualmente, um maior dirigismo contratual, com a consequente relativização dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. Nos contratos empresariais, dada à simetria natural que há entre as partes contratantes, a situação é diferente. Não se pode tratá-los da mesma forma que os demais contratos de direito privado, tais como os contratos de trabalho, os contratos de consumo ou mesmo os contratos entre particulares.

(...)

Vale ressaltar que o caso dos autos ainda traz algumas peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, prevista no art. 478 do CC/2002, *in verbis*:

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

No caso *sub judice*, deve-se reconhecer que: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais que atuam nessa área e sabem que tais flutuações são possíveis. (...)⁴⁵²

Veja-se que a ideia inicialmente exposta na decisão vai ao encontro do disposto no enunciado nº 21, editado na I Jornada de Direito Comercial, o qual informa que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a

⁴⁵² Recurso Especial nº 936.741/GO, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJ 08/03/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: out. 2012. No mesmo sentido faz-se alusão às seguintes decisões que seguem o mesmo raciocínio: Recurso Especial nº 803.481/GO, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/6/2007, DJ 1º/8/2007; Recurso Especial nº 849.228/GO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/8/2010, DJ 12/8/2010; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.016.988/GO, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 17/6/2010, DJ 29/6/2010; Recurso Especial nº 809.464/GO, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 10/6/2008, DJ 23/6/2008; Recurso Especial nº 866.414/GO, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 6/3/2008, DJe 26/11/2008.

simetria natural das relações empresariais”. Ademais, não se deve olvidar que os produtores rurais não são mais aquelas pessoas do campo que não tinham qualquer contato com os modernos meios de comunicação, sendo certo e incontroverso que sua atividade diária é baseada em dados coletados diretamente da internet, ou seja, com a mesma velocidade e precisão com que ocorre nas empresas cerealistas. Logo, se os

contratantes celebram uma avença em determinado momento de estabilidade econômica e, posteriormente, ocorre um enorme desequilíbrio contratual provocado pelo súbito e elevadíssimo aumento de preços, seja por interferência governamental ou outro motivo capaz de causar excessiva onerosidade a uma das partes, tornando praticamente impossível o cumprimento da obrigação, pode-se afirmar que existiu, nesse exemplo, um fato imprevisto, mas não imprevisível e extraordinário.⁴⁵³

Portanto, repisa-se que em sede de contratos empresariais, os contratantes assumem o risco dos acontecimentos pela falta de diligência no momento de sua celebração. O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades ordinárias de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que sobressai completamente às possibilidades de previsibilidade.⁴⁵⁴ Nesse sentido, expõe Mônica Yoshizato Bierwagen:

Imagine-se o caso do pequeno empreiteiro do interior que se compromete a construir um único imóvel, e que, no curso do contrato, vê-se surpreendido pela dobra do preço do cimento na região forçada pela presença de uma empreiteira que inicia a construção de um grande condomínio. A onerosidade excessiva experimentada pelo pequeno empreiteiro não se reflete em favor do dono da obra, que receberá o mesmo produto anteriormente contratado, não havendo, dessarte, exagerada “vantagem”.⁴⁵⁵

A Teoria Econômica reconhece que contratos que se prolongam no tempo são sempre incompletos por que jamais serão capazes de prever todos os estados futuros da Natureza, alguns para a vantagem de uma parte, outros para a outra, inclusive aqueles cenários

⁴⁵³ HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1089. 25 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8514>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁴⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 462.

⁴⁵⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

extremos em que ocorrem as circunstâncias de que trata o Artigo 478 do Código Civil, ou seja, “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” que tornariam o contrato “excessivamente oneroso” para qualquer das partes.

Afirmar que os contratos são sempre incompletos é uma forma técnica, utilizada pela Economia, de afirmar que o futuro tem por natureza ser incerto, e justamente por essa razão, e com o intuito específico de diminuir riscos de forma recíproca, os agentes econômicos firmam contratos, isto é, restringem as incertezas com respeito ao futuro na exata proporção dos compromissos assumidos entre si e com terceiros, tais como companhias de seguros ou contrapartes em operações com derivativos, quando estas alternativas estão disponíveis.

Atualmente, encontram-se à sua disposição dos agentes econômicos muitas tecnologias contratuais para lidar com as incertezas que poderiam vir a afetar significativamente os seus negócios. Não há que falar aqui de qualquer assimetria ou hipossuficiência, como nos casos de relações de consumo, tampouco de potenciais prejuízos potenciais a interesses de terceiros ou difusos, como em relações de repercussões ambientais ou pertinentes ao abuso do poder econômico e à defesa da concorrência, nas quais se pudesse conceber limitadores aos poderes das partes de contratar. A qualificação das partes por si só, exclui a maior parte dos requisitos para a caracterização da “onerosidade excessiva” na forma do artigo 478 do Código Civil.

Não se trata de eliminar riscos, pois eles são inerentes ao mundo empresarial; trata-se de colocar os riscos dentro de certos limites. Na verdade, trata-se de compartilhar riscos⁴⁵⁶, com o intuito de reduzir a exposição de ambos os contratantes aos riscos que tradicionalmente envolvem os negócios de cunho mercantil. Nessas circunstâncias é absolutamente natural considerar que existam ganhos e perdas. Logo, a forma de celebração de acordo futura deve levar em consideração os riscos inerentes ao objeto transacionado.

⁴⁵⁶ Veja-se nesse sentido o disposto no enunciado n° 25 da I Jornada de Direito Comercial: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

Devem-se buscar meios de limitar/diminuir possíveis prejuízos ou desequilíbrios que possam atingir o contrato.

Pode-se legitimamente indagar por que os agentes econômicos fazem contratos para execução futura, sob a forma de opções em particular, sabendo que o “preço de mercado”, no momento da execução do contrato e entrega da contraprestação será inevitavelmente diferente ao que vigora no momento da contratação?

A Teoria Econômica⁴⁵⁷ não encontra dificuldade com esta pergunta, pois aí reside a motivação para a existência dos contratos futuros, opções, *swaps* e outros instrumentos conhecidos como derivativos⁴⁵⁸, e também da indústria do seguro. Deve haver clareza em que os derivativos tiveram desenvolvimento absolutamente explosivo em tempos recentes, pois têm enorme e indiscutível utilidade para a melhor alocação de riscos numa economia global repleta de incertezas.

Neste ponto, cabe fazer referência a teoria de Fischer Black e Myron Scholes, que explica o processo de formação de preço de opções e o princípio básico para o cálculo do preço. Em breves palavras, o valor da opção reside justamente em mitigar riscos, de modo que o valor de uma opção deve ser tomado como diretamente proporcional à volatilidade do preço do ativo objeto da opção. Em outras palavras, quanto mais incerto é o futuro, mais valiosa deve ser a opção. Não é por outra razão, portanto, que o enunciado nº 35 da I Jornada de Direito Comercial expõe que “Não haverá revisão ou resolução dos contratos de derivativos por imprevisibilidade ou onerosidade excessiva”.

⁴⁵⁷ Entendida como o ramo científico que visa estudar e compreender o mercado, a circulação de riquezas, os agentes econômicos e as suas respectivas interações, seja no seu próprio meio, bem como com os outros ramos do saber, inclusive com o Direito.

⁴⁵⁸ Derivativos são ativos financeiros cujo valor resulta (deriva), integral ou parcialmente, do valor de outro ativo financeiro ou mercadoria negociados no mercado à vista, podendo ser caracterizados como contratos a termo, contratos futuros, opções de compra e venda, operações de *swaps*, entre outros. Os derivativos, em geral, são negociados sob a forma de contratos padronizados, isto é, previamente especificados (quantidade, qualidade, prazo de liquidação e forma de cotação do ativo-objeto sobre os quais se efetuam as negociações), em mercados organizados, com o fim de proporcionar, aos agentes econômicos, oportunidades para a realização de operações que viabilizem a transferência de risco das flutuações de preços de ativos e de variáveis macroeconômicas. Disponível em: www.cvm.gov.br. Acesso em: out. 2012.

Observa-se que as partes possuem mecanismos econômicos para se proteger de situações indesejadas, criando uma distribuição de probabilidades de ganhos e perdas, distribuição esta que visa transformar um futuro incerto em um futuro inteligível. Este é o “serviço” proporcionado pelo seguro, ou pelo derivativo (*hedge* ou opção), o qual, evidentemente, nada contém de “especulativo” ou “aleatório”. Com isso, busca-se alcançar um elemento primordial a manutenção das transações, bem como do próprio mercado, ou seja, a segurança e a previsibilidade. Todavia, Eros Roberto Grau informa que

infelizmente, nossa jurisprudência às vezes se esmera em fazer ruir [o] pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados celebrados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. A autonomia de vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se da condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições.⁴⁵⁹

Assim sendo, Gustavo Passarelli Silva assevera que a melhor técnica do direito caminha no sentido de inadmitir a invocação da teoria da imprevisão nos contratos aleatórios, seja pela incompatibilidade existente com a natureza do contrato, seja ainda pelo que preceitua o princípio da boa fé que deve nortear as relações jurídicas.⁴⁶⁰

Ao se tratar de boa-fé, há de se referir à espécie objetiva, que se traduz no comportamento probo, correto, honesto que se espera das partes que celebram uma avença. Ao mesmo tempo em que o padrão de lealdade e confiança imposto pela boa-fé objetiva leva à prevalência da realidade e à possibilidade de relativização das declarações formais de vontade, pode significar, em determinadas situações, exatamente o oposto, ou seja, o reforço do que foi legitimamente pactuado.⁴⁶¹

O dúplice perfil da boa-fé objetiva, que tanto pode ser invocada para a relativização e a revisão judicial do contrato, como pode ser fundamento para reforçar o que

⁴⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? Revista Trimestral de Direito Comercial ano 2 número 5, Janeiro/Março de 2001, págs. 73-82.

⁴⁶⁰ SILVA, Gustavo Passarelli da. Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6136>>. Acesso em: nov. 2012.

⁴⁶¹ FRAZÃO, Ana de Oliveira. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções hermenêutico-integrativa e reequilibradora. (no prelo).

foi pactuado.⁴⁶² Assim como a boa-fé objetiva foi muitas vezes utilizada para relativizar o *pacta sunt servanda* no Direito Civil, não deve causar estranheza que os juízes possam invocá-la para reforçar o que foi pactuado pelas partes quando a lealdade assim o exigir.⁴⁶³ Logo,

nos contratos empresariais, é preciso cautela para evitar que a boa-fé objetiva seja arguida para “reescrever o contrato” ou para “criar direitos ou deveres que não decorram da relação contratual existente”. (...) para não transformar a boa-fé objetiva “como o último refúgio das partes para recuperar perdas decorrentes do seu próprio fracasso”.⁴⁶⁴

Não se pode olvidar que a onerosidade é atributo dos contratos mercantis. É, portanto, forma de obtenção de proveito econômico. Sendo assim, normal que as partes “suportem um sacrifício (depauperamento) patrimonial (prestação a ser adimplida), a que corresponda uma vantagem”.⁴⁶⁵

Como já observado, os empresários, quando da celebração de contratos entre si, legitimamente acreditam que seus interesses (lucros) estão sendo satisfeitos, uma vez que a empresa não atua no mercado por outra razão do que a obtenção de lucro.⁴⁶⁶

Nesse particular, em sua busca primordial por lucro, não se pode falar em desvantagem quando da contratação firmada por empresários. Em sendo certo que a opção pela contratação colocará a empresa em situação pior àquela em que se encontre naquele momento, melhor nem haver a conclusão do contrato. Isto porque as contratações são também resultado dos custos das escolhas do empresário. O agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando seus custos de transação. Logo, é correto compreender que a empresa contrata porque entende que o negócio lhe trará mais vantagens do que desvantagens.⁴⁶⁷

⁴⁶² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1257.

⁴⁶³ FRAZÃO, Ana de Oliveira. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções hermenêutico-integrativa e reequilibradora. (no prelo).

⁴⁶⁴ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p 154.

⁴⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

⁴⁶⁶ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

⁴⁶⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

Retoma-se, novamente, a questão da segurança e previsibilidade que deverá caracterizar o ambiente. A anulação ou revisão do contrato, suscitado pela existência de lesão ou onerosidade excessiva, desvirtua o mercado, que deve ser uma ordem onde os comportamentos, governados por regras, sejam previsíveis, regulares e uniformes.

No ambiente empresarial, ao celebrar um contrato, as partes têm a legítima expectativa de que a outra adotará o mesmo comportamento. Desse modo, torna-se imprescindível que os contratantes planejem adequadamente sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com o padrão estabelecido pelo mercado.⁴⁶⁸

Assim sendo, um mercado que não dê guarida à confiança e à boa-fé tende ao colapso, uma vez que dificulta o giro comercial e a fluidez das relações econômicas.⁴⁶⁹ A alegação de lesão ou da onerosidade excessiva nessas relações quebra a racionalidade do sistema. Aplicando-se mal qualquer dos institutos, é bem provável que nenhum agente econômico racional contrate com outro que enfrente percalços financeiros, haja vista a insegurança jurídica dessa contratação, dada a quebra das regras do jogo empresarial.

Argumenta-se, em essência, que seria uma deturpação não apenas da “teoria da imprevisão”, mas também do conceito de “função social do contrato”, se for possível transformar tudo o que é oneroso em uma suposta agressão à “boa fé objetiva” e às “legítimas expectativas dos contratantes”. Transformar o princípio da função social do contrato num revisionismo amplo e idiossincrático serviria apenas para reduzir o “*enforcement*”, ou a segurança jurídica dos contratos assim debilitando o ambiente contratual do país com sérios e deletérios efeitos sobre a economia. É nesse sentido que se apresenta o enunciado nº 29 da I Jornada de Direito Comercial ao esclarecer que “Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

Alusivamente ao abordado quanto ao risco da atividade empresarial, ficou assentado que, nas avenças comerciais, existe, de maneira latente, a possibilidade de, por

⁴⁶⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

⁴⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80.

razões previsíveis ou imprevisíveis, restarem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. Como visto, a característica fundamental de toda e qualquer empresa é a existência de atividade contendo risco em grau relevante, motivo pelo qual eventual desproporção entre as prestações quando das contratações no exercício da empresa é algo inerente à práxis empresarial. Ressalte-se, mais uma vez, que será por intermédio do contrato que se poderá eliminar possibilidades de mais perdas e de distribuí-la entre os agentes econômicos (distribuição recíproca dos riscos).⁴⁷⁰

Ademais, outra característica inerente à atividade empresarial (a organização) evita a alegação de eventual vício de consentimento. A prática de atos consecutivos de maneira organizada, como consequência do exercício de atividade com utilização de capital, sugere que o empresário, sopesando os riscos do negócio, somente contrate quando houver probabilidade real de ganhos mínimos.

Além das considerações até aqui expendidas, deve-se pontuar também que a aplicação da lesão ou da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais, buscando-se com isso a sua consequente anulação ou revisão do negócio jurídica desvirtua a competição dos agentes do mercado. Isto porque, sendo a concorrência disputa entre dois rivais pelo mesmo negócio e ao mesmo tempo, extirpar do mundo jurídico um negócio outrora firmado retira a possibilidade de outro agente participar do mercado ou desenvolver sua atividade empresarial. Outro empresário, devidamente integrado à lógica empresarial, seja em dificuldades financeiras ou diante qualquer outra necessidade, poderia ter concluído o contrato sem que, destoando da normalidade mercadológica, oportunamente alegasse a inexperiência ou desproporcionalidade manifesta no momento da contratação.

Cabe lembrar que a luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado deve ser sempre preservada pelos juízes quando do exercício da jurisdição, nos diversos casos de disputa empresarial a eles submetidos. Assim, não se pode esquecer que a ação tradicional de concorrência pressupõe atuação livre de um grande número de competidores (sociedades e empresários) no mercado de um mesmo produto, de maneira

⁴⁷⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, muitas vezes por meio de práticas compulsórias e abusivas, no preço dos bens e serviços.⁴⁷¹ Dessa forma, pode-se afirmar que a alegação desses institutos nos negócios empresariais é uma maneira de as empresas em más condições de operacionalidade financeira furtarem-se à seleção natural decorrente da concorrência que, normalmente, visa a deixar, no mercado, tão só as empresas mais eficientes.

Segundo Ricardo Lupion, é possível admitir que a empresa possa agir em seu interesse próprio, pois, nos contratos comerciais, as partes são independentes e não possuem relação especial de confiança e devem negociar e proteger os seus próprios interesses.⁴⁷² Veja-se, para tanto, que “os contraentes buscam objetivos diversos, uma que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte”.⁴⁷³ Dessa forma, ensina Paula A. Forgioni:

Por ser empresa, entende-se que o ente perseguirá seus interesses em primeiro lugar; o agente econômico é naturalmente egoísta. Sem prejuízo da possibilidade ou probabilidade de cooperação, nos contratos empresariais é de se assumir que, se houver chance e for economicamente vantajoso, cada qual situará o seu escopo adiante daquele do parceiro.⁴⁷⁴

Assim, a autora continua a explicação informando que o egoísmo poderá ser tolerado pela ordem jurídica desde que venha a incrementar o tráfico, haja vista que são muitas as situações em que o comportamento individualista traz benefícios para o fluxo de relações econômicas. Nesse sentido, a concorrência é possível porque uma empresa busca superar a outra, conquistando mercado. Se assim não fosse, na haveria estímulo para a competição, mas um cenário de comodidade entre os agentes econômicos. Logo, não havendo a busca pelo lucro e pela superação dos concorrentes, o mercado deixa de se caracterizar como um

⁴⁷¹ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

⁴⁷² LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 151.

⁴⁷³ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

⁴⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112. Esclarece ainda a autora: “trata-se do homem econômico, cuja configuração tradicional vem sendo alvo de críticas nos últimos anos. Acreditam alguns economistas que, de certa forma, a propensão à colaboração também condicionaria o comportamento do agente. De qualquer maneira, a existência de outros fatores não retira a importância do autointeresse para explicar o comportamento de entes que visam ao lucro”.

ambiente de mobilidade e progresso. Por conta disso, “o egoísmo pode ser útil ao sistema e levar ao desenvolvimento.”⁴⁷⁵ Além disso,

consequência direta do egoísmo do agente econômico é seu oportunismo, que o mantém à espreita, visando a identificar e usar em seu favor todas as oportunidades que surgirão, ainda que em detrimento de outros. A admissão de comportamentos oportunistas que não servem ao tráfico mercantil teria por efeito o aumento dos custos das transações; em ambiente hostil, cada negócio requer que uma parte procure se proteger contra o comportamento inadequado da outra.⁴⁷⁶

Dessa forma, a celebração de acordos de vontade por meio da formalização de um contrato entre as partes serviria para a “contenção do oportunismo nas trocas não simultâneas”.⁴⁷⁷ Assim, Paula A. Forgioni conclui seu raciocínio esclarecendo que o egoísmo e o oportunismo devem ser compreendidos pelo sistema como características da empresa ou de seu comportamento que, algumas vezes, devem ser toleradas e, em outras, evitadas e proibidas. Porém, considerando-se tudo sempre no interesse geral do comércio.⁴⁷⁸

Prova disso, é o fato de que uma empresa que abusa do egoísmo, exagera no oportunismo e que acaba recorrendo ao Judiciário para reverter a situação equivocada que assumiu, alegando para tanto a existência de lesão ou onerosidade excessiva, acaba por macular a sua reputação. A má reputação, considerada como um custo à parte que deve ser levado em conta pela empresa quando estiver perseguindo o seu próprio interesse, reduz as perspectivas de futuras transações. Assim, o agente econômico racional deve observar os custos existentes ao agir de forma cativa, optando, se desfruta ou não, da posição contratual de vantagem, eventualmente produto da modificação de circunstâncias.

⁴⁷⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 112-113.

⁴⁷⁶ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113. (Nesse sentido, a autora alude à passagem de Brasílio Machado, o qual informa que, diante de tantas fraudes e abusos cometidos após a abertura dos portos em 1808, uma vez que “não tínhamos leis precisas, leis fixas, leis bem determinadas para impedir a fraude, de modo que o commercio do tempo da independencia decahiu extraordinariamente, e eram communs os actos de fraude, razão pela qual o commercio entendeu que devia dirigir-se ao governo e pedir medidas mais severas para punir esses actos e fraude que tanto comprometiam a seriedade e a boa fé do commercio” – MACHADO, Brasílio. *O Codigo Commercial do Brasil em sua formação histórica*. São Paulo: Siqueira Sales, 1910, p. 251).

⁴⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

⁴⁷⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

Entre os custos futuros de uma atual conduta oportunista deve ser compreendida não apenas, obviamente, o custo derivado da interrupção da relação e, portanto, da perda dos eventuais investimentos específicos, mas também os custos futuros derivados da perda de reputação nos confrontos do parceiro vítima do abuso, como naqueles de outros eventuais parceiros de negócios.⁴⁷⁹

O receio da parte em perder a reputação configura um impedimento à realização de uma conduta oportunista. Em especial, isso ocorre nas relações de longa duração, já que, ao contrário dos acordos isolados, exigem que as partes atuem com cooperação, do contrário “perderiam a possibilidade de efetuar ulteriores e sucessivas trocas com o jogador enganado, assim como com outros sujeitos, se circulasse (e fosse verificável) o eco da sua desonestidade”.⁴⁸⁰ Baseando-se na doutrina econômica da teoria dos jogos, Fici prossegue afirmando que “a melhor estratégia para o jogador é convencer o outro jogador da própria honestidade e respeitar, de transação em transação, a confiança nele depositada”.⁴⁸¹

Nesse sentido, tem-se que o agente, em cada transação realizada, buscará adimplir as suas obrigações a fim de encorajar as futuras contrapartes a nele confiar ou, em outras palavras, manter a própria reputação de honestidade. Nesse sentido, a alegação de lesão ou onerosidade excessiva caracteriza-se como prática abusiva com vistas a influir no preço dos produtos ou serviços, prejudicando o tráfico mercantil e por esse motivo não deve ser aplicada no âmbito do direito empresarial. Ressalte-se, ainda, no que tange à concorrência, haja vista ser a sua defesa um instrumento para um mercado transparente, saudável e leal, tornando viável o equilíbrio entre liberdade e proteção, não seria prudente a inserção dos institutos em voga ao ambiente empresarial.

⁴⁷⁹ FICI, Antônio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 99. No original: *Tra i costi futuri di un'attuale condotta opportunistica va dunque compreso non soltanto, ovviamente, il costo derivante dalla interruzione della relazione e dunque dalla perdita (eventuali) investimenti specifici ad essa, ma anche i costi futuri derivanti dalla perdita di reputazione così nei confronti del partner vittima dell'abuso, come in quelli di altri eventuali partner d'affari.*

⁴⁸⁰ FICI, Antônio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 100. No original: *perderebbe la possibilità di effettuare ulteriori e successivi scambi con il giocatore ingannato, così come con altri soggetti, qualora circolasse (e fosse verificabile) l'eco della sua inaffidabilità.*

⁴⁸¹ FICI, Antônio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 100. No original: *la migliore strategia per il decisore è allora convincere l'altro giocatore della propria onestà e rispettare, di transazione in transazione, l'affidamento in lui riposto.*

Dessa forma, observa-se que os institutos da lesão e da onerosidade excessiva cumprem um papel importante quando se trata de manter o equilíbrio nas relações contratuais celebradas. Entretanto, sua aplicação merece maior atenção nos casos em que o negócio jurídico pactuado apresenta como partícipes a figura do empresário. Assim, tendo em vista os argumentos sustentados ao longo da presente discussão, pode-se compreender que, de um modo geral e em regra, os institutos em apreço não possuem aplicação no ambiente mercantil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando toda a argumentação que se procurou desenvolver no presente trabalho, buscou-se sustentar que a características e princípios próprios que envolvem e demarcam o direito empresarial e os contratos interempresariais não se compatibilizam comumente com os institutos da lesão e da onerosidade excessiva, uma vez que esses se aplicam de modo mais prático às avenças celebradas entre particulares e nos contratos de consumo, isto é, nos contratos celebrados por não empresários em seus dois polos.

Independentemente da ausência de um maior número de discussões doutrinárias acerca do objeto de pesquisa que fora proposto, o presente trabalho teve o intuito de sustentar, tendo por base o estudo de diversas obras nacionais e estrangeiras, a inaplicabilidade em regra dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva nos contratos firmados entre empresários no exercício da sua atividade empresarial, afastando, assim, a possibilidade de anulação, resolução ou revisão desses contratos.

Presentes os requisitos dos referidos institutos, questionou-se se caberia ao Poder Judiciário revisar o teor do contrato e determinar, se possível fosse, o retorno das partes a situação originalmente vista na celebração da avença ou, se tal possibilidade não fosse possível, decidir-se-ia pela anulação ou rescisão do referido negócio.

No âmbito do direito civil, foi observado que a regra que prevalece é a anulabilidade dos contratos celebrados, no caso da lesão, ou a extinção desses no caso de onerosidade excessiva, desde que para cada caso estejam presentes os seus respectivos requisitos. Diante disso, não há dúvida quanto à possibilidade de aplicação desses institutos quanto se analisa contratos civis. Dúvida existe em relação aos contratos empresariais.

Com efeito, ao que pese ter ocorrido a unificação do direito das obrigações em um único documento legislativo, o direito empresarial continuou conservando a sua

autonomia. Desse modo, independentemente de os institutos da lesão e da onerosidade excessiva apresentarem um regramento único sobre a sua aplicação no Código Civil Brasileiro de 2002, esses, em regra, não podem ser aplicados aos contratos interempresariais, compreendidos como aqueles negócios jurídicos celebrados entre empresários, como o são para os contratos civis em geral.

Isso se deve ao fato de que as relações jurídicas celebradas entre empresários envolvem particularidades diversas e exigem uma visão empresarial que, caso não sejam compreendidas e interpretadas adequadamente, podem levar a violação da chamada racionalidade do mercado e, conseqüentemente, podem comprometê-lo de um modo relevante. Como fora observado e debatido, a valorização de institutos e princípios que se apresentam como conflitantes com a lógica empresarial podem acarretar severas dificuldades para a concretização da função econômica esperada pelas partes envolvidas quando da conclusão desses contratos.

Como já fora ressaltado em momento anterior, deve-se dar uma maior importância e prioridade às regras do próprio jogo, isto é, à livre iniciativa, aos usos e costumes empresariais, ao fluxo de relações econômicas, à diligência e organização empresarial, à previsibilidade e racionalidade do mercado, à função e objetivo lucrativo dos contratos interempresariais. Dentro dessa perspectiva, os princípios da boa-fé objetiva e da função social, bem como a força normativa dos usos e costumes apresentam elementar relevância, devendo se coadunar com a lógica empresarial, ou melhor, com os costumes do tráfego.

Essa lógica empresarial requer dos agentes econômicos envolvidos nas transações realizadas no mercado um dever de informação e cooperação que se expressa no compromisso de facilitar o cumprimento obrigacional de modo recíproco, com a adoção de comportamentos compatíveis com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pelo negócio celebrado. Dito de outro modo, exige-se das partes um compromisso de lealdade. Assim, estabelece-se às partes a obrigação de atuar dentro dos padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade, de modo a não macular a confiança e legítima expectativa da contraparte, dentro da racionalidade inerente ao sistema.

Por conseguinte, a lógica empresarial se consubstancia em deveres de informação; de prestação de contas; de cuidado, previdência e segurança. Em suma, de deveres de colaboração e cooperação; de proteção e cuidado com a pessoa e com o patrimônio da contraparte. Esses deveres, como fora discutido, possuem estrita correlação com o direito empresarial e com os próprios institutos da lesão e da onerosidade excessiva.

Inicialmente, pode se considerar que esses deveres não se adéquam ao ambiente de rivalidade, de disputa, de concorrência que regula as relações entre os sujeitos econômicos (empresas). Todavia, promovendo uma averiguação mais apurada, observa-se que, nesse espaço, as partes têm como objetivo precípua a obtenção de lucro e, por essa razão, celebram contratos confiando que seus interesses estão sendo satisfeitos. Adiciona-se a esse entendimento, o fato de que o contrato é celebrado por trazer às partes mais vantagens do que desvantagens.

Foi observado que do dever de diligência advém a necessidade do empresário atuar com elevado grau de habilidade e prudência, tendo como parâmetro em seu sucesso, experiência e conhecimento dos riscos, característica essa muito presente nos contratos interempresariais. Esse dever requer que o empresário esteja munido das informações relevantes e razoavelmente disponíveis sobre mercado, a política e produtos da empresa, dificuldades e as propostas de soluções, com o intuito de maximizar os seus lucros.

De modo geral, tratou-se ainda do risco que costuma ser intrínseco à atividade de empresa. Risco esse que deve ser compreendido como danos notáveis, de modo parcial ou total. Abordou-se também a concorrência, atribuindo a ela a qualidade de combustível natural para o crescimento econômico das empresas. A eficiência, a habilidade para as negociações, a obtenção de informações disponíveis para a tomada de decisões no âmbito empresarial, a diligência e cuidado de uma pessoa razoavelmente prudente, além daqueles, também são fatores que justificam a inaplicabilidade do instituto em comento aos contratos entre empresários, pois é natural que o mercado privilegia aqueles que se esforçam para minimizar seus erros e maximizar sua atividade, sendo certo que aqueles que não o fazem ou sucumbem ao jogo concorrência, nele não sobrevivem.

Assim, diante do requisito da inexperiência a qualificar a ocorrência da lesão, justificando a existência de uma prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, verifica-se certa incompatibilidade entre a maximização dos ganhos de um e o menor enriquecimento do outro. Isto porque a desproporção das prestações se caracteriza pela auferição, por uma das partes, de lucro expressivamente maior do que a prestação que pagou ou prometeu, e é certo que as trocas comerciais, em regra, visam à lucratividade máxima de uma parte em detrimento da menor lucratividade de outra. É própria do jogo comercial a negociação de preços, de prazos, de condições de pagamento, tudo visando a ganhos recíprocos, mas sempre privilegiando interesses próprios. Isso também ocorre nos casos em que os contratantes buscam objetivos diversos, mesmo que de interesse de ambas as partes, caso em que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte. E isso sem violar a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a função social da empresa.

Quanto ao requisito subjetivo, configurado na circunstância de uma das partes aproveitar-se das condições em que se encontre a outra, acentuadamente a sua inexperiência, a sua leviandade no momento de contratar, foi dito que as partes somente devem contratar se assim quiserem e, considerando o profissionalismo e o dever de diligência de um lado, e o conhecimentos dos riscos de outro, somente devem contratar caso tenham certeza de que haverá incremento da sua situação econômica.

Do mesmo modo, observou-se que os requisitos da teoria da imprevisão (vigência de um contrato de execução continuada ou diferida; superveniência de circunstância imprevisível e extraordinária; alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no momento da celebração e consequente onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro) também não se sustentam pelas particularidades do ambiente empresarial. Quanto aos contratos, os usos e costumes mercantis demonstram que para que haja uma continuidade dos negócios avançados, há uma clara preferência pela celebração de contratos aleatórios, que se prolongam no tempo e exige das partes um maior conhecimento sobre as circunstâncias que envolvem o objeto da avença. Além disso, por se tratarem de empresários, as partes se colocam em posição de igualdade uma em relação à outra, afastando a hipótese de se suscitar a

hipossuficiência de qualquer delas. Desse modo, por não haver desequilíbrio na relação, a função social do contrato se volta para a preservação da atividade econômica, conseqüentemente reforçando a autonomia da vontade e a força obrigatória das avenças. Logo, voltam-se as preocupações para a preservação dos princípios da confiança (extraída da boa-fé objetiva) e da segurança jurídica.

Outro ponto a se considerar, quando da qualificação das partes como empresário é o fato de que o seu profissionalismo e organização trazem como consequência a assunção dos riscos do negócio. A diligência que se exige do empresário o obriga a se munir das informações necessárias para a celebração do negócio, de modo que se assim não procede, deve arcar com eventuais prejuízos de suas escolhas. Como fora visto, é esse o entendimento que vem sendo proferido na jurisprudência nacional, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Some-se a isso o fato de que a depender do objeto pactuado, é de sua natureza a imprevisibilidade do futuro, sendo que o próprio mercado apresenta aos seus agentes econômicos meios para se resguardar das eventualidades que os cercam.

Dessa forma, os fatos que atingem o valor ou o próprio objeto transacionado, são considerados circunstâncias previsíveis quando da celebração dos contratos empresariais. No mais, também não há como se considerar onerosidade excessiva a desproporção entre as prestações avençadas pelas partes, haja vista que não se considera como prejuízo as perdas verificadas, mas uma diminuição do lucro que era esperado. Viu-se que essa circunstância já faz ou deveria fazer parte do planejamento negocial do empresarial, isto é, trata-se da sua gestão do risco, uma vez que dispõe de meios econômicos e técnicos para avaliar as situações nas quais se envolve. Logo, não há enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Com isso, diante dos argumentos e raciocínios desenvolvidos na presente pesquisa, considera-se inadmissível, ordinariamente, a alegação da lesão, bem como da onerosidade excessiva nos tratos mercantis, seja por escusa ou por ignorância, não devendo ser privilegiada a inexperiência no trato comercial. Não se pode permitir que esses institutos sejam suscitados com intuito egoístico e mesquinho, prejudicando o comércio jurídico. Ao contrário, é recomendável que se dê prioridade às vantagens competitivas e desejáveis no

mercado, respeitando a álea normal do contrato e as condições, muitas vezes de risco, nas quais se encontram os empresários.

Desse modo, ressalte-se a atenção que deve ser dada a interpretação e consequente aplicação dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais. Todavia, conforme se argumentou, as consequências dos erros nas avaliações subjetivas de cada empresário devem ser por ele exclusivamente suportadas, não devendo a revisão de contratos ou de cláusulas contratuais, bem como a anulação integral do negócio jurídico ou até mesmo a sua resolução, servir para corrigir maus negócios empresariais.

Desse modo, considerando todo o arcabouço argumentativo que buscou-se desenvolver no presente trabalho, compreende-se plausível sustentar que os institutos da lesão e da onerosidade excessiva não integram, em regra, os contratos celebrados entre empresários quando do exercício da empresa.

Por fim, deseja-se encerrar a presente pesquisa reforçando a compreensão que o objetivo almejado em nenhum momento se prestou a apresentar conclusões ou entendimentos completos e acabados sobre o problema proposto. A complexidade do assunto e a incipiência de reflexões acerca do assunto no Direito são elementos que apontam para a impropriedade disso. Contudo, buscou-se aproximar dentro do possível da realidade do fenômeno de interesse, abrindo a possibilidade de localizar elementos que indicassem caminhos a serem percorridos. Acredita-se que esse percurso não será encerrado, uma vez que não é possível esgotar todas as contradições envolvidas nos processos ora apresentados.

Portanto, deseja-se que venham novas contradições e questionamentos e que se possa movimentar de forma flexível e inovadora, colaborando para um ambiente sadio e transformador no seio acadêmico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

ALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Revisão judicial dos contratos entre empresários*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8953. Acesso em: nov. 2012.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Novo Código Civil. In PASINI, Nelson; LAMERA, Antônio Valdir Úbeda; TALAVERA, Glauber Moreno (Coord). *Simpósio sobre o Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2003.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1946.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 308, jun. 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução à teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, n. 6, set./dez. 1999.

BARTOLOMEI, Franco. *La Dignità Umana come Concetto e Valore Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1987.

BENJAMIN, Antônio Herman. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato - Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. IV Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo: *Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado. v. IV. São Paulo: Método, 2005.

BRIZ, Jaime Santos. *Los Contratos Civiles - Nuevas Perspectivas*. Granada, Comares, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, no Prefácio da obra de NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 849, p. 80-110, jul. 2006.

_____. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos e títulos empresariais: as novas perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Contratos mercantis*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

_____. *Direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAETANO MARTINS, Samir José. *A onerosidade excessiva no código civil: instrumento de manutenção da justa repartição dos riscos negociais*. Revista forense. v. 391, n. 103. Rio de Janeiro: Forense, mai-jun 2007.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Revisão judicial dos contratos entre empresários*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8953. Acesso em: nov. 2012.

CASTRO NEVES, *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

COASE, Ronald Harry. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Os contratos de colaboração empresarial*. Conferência magna de abertura do I Simpósio de direito privado e processo civil Maurício Cardoso. Faculdade de Direito da PUCRS: Porto Alegre. Realizado em 18/11/2009.

_____; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Princípios do direito comercial*. Disponível em <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 05 set. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de direito mercantil*, v. 15-16, 1974.

_____. *A reforma da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Philomeno J. da. *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2006.

CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *Onerosidade excessiva, lesão e contratos aleatórios*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/guilherm_e_cardoso.pdf. Acesso em: set. 2012.

DAVIS, Lance; NORTH, Douglas C. *Institutional change and American economic growth*. Cambridge: Cambridge University, 1971.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano 48. n. 190. abr/jun. 2011, p. 8. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>>. Acesso em: nov. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET, 1976.

FICI, Antônio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, mar. 2006.

FIGUEIREDO, Dannilo Ferreira; SANTOS, Thiago Silva. A Teoria da Imprevisão e a sua (in)aplicabilidade nos contratos aleatórios por natureza. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10206http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10206. Acesso em: nov. 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição*

concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FIUZA, César. *Direito e negócios empresariais*: desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções hermenêutico-integrativa e reequilibradora.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil*. v. 4, tomo 1, Teoria geral dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão*: doutrina – jurisprudência. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GOMES, Sérgio Alves. *Possibilidades da hermenêutica constitucional na construção do Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v. 3 São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 96. 2001.

GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do Código Civil de 2002. *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*. a. V. n. 9. nov. 2004. Disponível em: <http://vmladvogados.wordpress.com/2011/02/17/autonomia-da-vontade-autonomia-privada-e-livre-iniciativa-uma-visao-sob-a-otica-do-codigo-civil-de-2002/>. Acesso em: mai. 2012.

_____. Liberdade e direito privado. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HAMEL, J.; LAGARDE, G.; JAUFFRET, A.; *Droit commercial*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1980.

HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1089. 25 jun. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8514>>. Acesso em: nov. 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos: La revisión del contrato*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte General*. Trad. Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1978.

_____. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. trad. Luiz Diez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LEITE, Gisele. *Evolução doutrinária do contrato*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/REV_86/artigos/GiseleLeite_rev86.htm. Acesso em: out. 2012.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYON-CAEN, Ch.; RENAULT, L. *Manuel du droit commercial*. 10. ed. Paris, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1910.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O Contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: nov. 2012. grifos originais.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil: teoria geral e contratos em espécie*. 2.ed. Método: São Paulo, 2005.

_____. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2002.

LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. *Pautas para a interpretação dos Contratos por Adesão nas relações interempresariais regidas pelo Código Civil*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para a concessão do grau de mestre em Direito Civil. Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2009.

MARASCO, Gherardo. *La rinegoziazione del contratto - Strumenti legali e convenzionale a tutela dell'equilibrio negoziale*. [S. l.]: Cedam, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, FRAN. *Curso de direito comercial*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração, in: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 25, abr. 2010.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os campos normativos da Boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Os contratos de leasing financeiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 49, jul. 2010.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, 2ª parte. 34. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: Lotufo, R. (Coor.). *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio. *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Artpress, 1991.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLAVO, Carlos. Concorrência desleal e direito industrial. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997.

PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 140-171, jan.-mar. 2003.

PELUSO, Cezar (Coord). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Barueri, SP: Manole. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Lesão nos contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

POPP, Carlyle. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – A proteção contratual no direito brasileiro. *Direito civil Constitucional*, caderno 1, 1999.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RABITTI, Maddalena. *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*. Milano: Giuffré, 2004.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. 2004. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: out. 2012.

REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. *Droit commercial*. 6. ed. Paris: Litec, 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. São Paulo: 2008.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. *La buena fe: el principio general en el derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Gustavo Passarelli da. Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6136>>. Acesso em: nov. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo Malheiros, 2000.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Editora Limitada, 1995.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Lisboa: Coimbra, 2010.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 4. n.17, out./dez. 2005, p. 234. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-outubro-dezembro-de-2005/direito-civil-e-ordem-publica-na-legalidade-constitucional/>. Acesso em: out. 2012.

_____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. III, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Teoria Geral e Direito Societário. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 1., 2012.

USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra, 1998.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. A boa fé na formação dos contratos (direito romano). *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo, a. 16, n. 61, jul. – set. 1992.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito Civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIDIGAL, Geraldo Camargo. *A Lei de Defesa do Consumidor: sua abrangência*. São Paulo: IBDC, 1991.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1992.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: Introdução e parte geral*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *A Lei de defesa do consumidor - sua abrangência*. In: *Lei de defesa do consumidor*. São Paulo: Cadernos do IBCB, n. 22, 1991.