

## NOTAS E COMENTÁRIOS

FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS EM PORTUGAL — Armando Gomes Leandro .....	328
O CULTO DA DEONTOLOGIA PELO JUIZ — José Augusto Delgado .....	335
O NOVO ENSINO DO DIREITO — José Renato Nalini .....	342
A INFORMÁTICA JURÍDICA 20 ANOS DEPOIS — Mario G. Losano .....	350
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A DESOBEDIÊNCIA DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO A ORDEM JUDICIAL E A REGRA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES — Paula Bajer Fernandes Martins da Costa .....	368
NATUREZA DAS COISAS E DIREITO. NOTAS PARA A RECUPERAÇÃO DE UM CONCEITO — Ricardo Henry Marques Dip .....	370
DEMORA JUDICIÁRIA E ACESSO À JUSTIÇA — Sidnei Agostinho Beneti .....	377

## NOTICIÁRIO

PAPEL DO JURISTA NUM MUNDO EM CRISE DE VALORES — Fábio Konder Comparato .....	379
SAUDAÇÃO A JOSÉ RENATO NALINI — ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO — Ives Granda da Silva Martins .....	386
YOUNG DA COSTA MANSO: TRADIÇÃO E MODERNIDADE — José Renato Nalini .....	389
ÍNDICE ALFABÉTICO .....	613

## FASCÍCULO 2 — CRIMINAL

## DOCTRINA

DELITOS DE TRÂNSITO: CULPA CONSCIENTE OU DOLO EVENTUAL? — Antonio Benedito do Nascimento .....	405
HÁ IMPEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE POLÍCIA PREVENTIVA PARA AS GUARDAS MUNICIPAIS — Bismael B. Moraes .....	411
MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA — José Carlos G. Xavier de Aquino .....	411
EVOLUÇÃO DA FIANÇA E DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL — Maximiliano Roberto Ernesto Führer .....	418
DIREITO PROCESSUAL PENAL AMBIENTAL, CRIMES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA NA REGIÃO AMAZÔNICA — Rui Costa Gonçalves .....	420
LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA — William Douglas .....	428

## JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO .....	431
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO .....	459
JUSTIÇA DOS ESTADOS .....	494
Tribunal de Justiça de Alagoas .....	495
Tribunal de Justiça de Goiás .....	497
Tribunal de Justiça de Mato Grosso .....	500
Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul .....	506
Tribunal de Justiça de Rondônia .....	508
Tribunal de Alçada de Minas Gerais .....	511
Tribunal de Alçada do Paraná .....	517
Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro .....	518
Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul .....	521
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	547
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	

## NOTAS E COMENTÁRIOS

A SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5.º, XXXVIII, DA CF) — Gilberto Antonio Luiz .....	568
OS LIMITES DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO — Hugo Nigro Mazzilli .....	571
LEGISLAÇÃO .....	577
ÍNDICE ALFABÉTICO .....	627

# REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANO 84 — MAIO DE 1995 — VOL. 715

Fascículo 1 — CÍVEL

quem se casara em segundas núpcias, separando-se da primeira, Messalina, que foi executada por Palas, escravo liberto por Cláudio, tudo em detrimento de Britânico, seu filho com Messalina. Agripina, para obter o Império a seu filho (54), com Palas envenenou Cláudio. Nero, por sua vez, mandou envenenar Britânico (55), e, após, determinou o assassinato de sua mãe, e ele próprio, mais tarde, suicidou-se (37-68).

9. Moisés, adotado pela filha do faraó, que o salvara das águas do Nilo (Ex. 2-9/10), libertou os judeus da escravidão no Egito e foi o grande legislador de Israel (Táboas da Lei).

10. O Imperador Caius Julius Caesar Octavianus Augustus (63 a.C.) foi adotado por César, do qual era sobrinho-neto, tornando-se Otaviano. Este, por sua vez, adotou Tibério, que o sucedeu no Império (14 d.C.) que ele, Augusto, eleito "Grande Pontífice", inaugurara.

11. Em caso de adoção de irmãos recomenda-se, através de critérios de preferência ou de persuasão judicial e/ou posição do Ministério Público, sejam

adotados pelos mesmos pais (adotantes) para evitar-se problemas futuros, visto que, em contrário, passarão a ser ilustres desconhecidos entre si, embora irmãos de sangue.

12. A referência a "legítimo" se justifica para melhor compreensão didática do fenômeno que se opera com a adoção sob o ECA, uma vez que a diferenciação entre um e outro foi extirpada, ou melhor, abominada pelo art. 227, § 6.º, da CF.

13. Assim, também, os ascendentes e colaterais do adotante.

14. O Código Civil Argentino prescreve, em seu art. 480: "El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos". Portanto, curador daquele e tutor destes.

15. Nessa hipótese de filiação indireta e forçada, superveniente (quanto ao conhecimento), decorrente da adoção, poderá advir a consequência de rompimento de testamento eventualmente feito pelo adotante (pai e/ou avô), face ao disposto nos arts. 1.750 e 1.751 do CC.

## CONSULTAS E PARECERES

### ABUSO DE PODER ECONÔMICO E ABUSO DE PODER CONTRATUAL

**Regime jurídico particularizado. Denunciabilidade restrita da relação contratual a tempo indeterminado. Contrato de fornecimento interempresarial. Monopólio estatal de sociedade fornecedora. Aumento arbitrário de lucros. Ilícitos constitucionais e de direito comum. Providências processuais corretivas**

ALCIDES TOMASETTI JR.

Advogado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

*1. Caracterização e regime jurídico do negócio sob análise — Contrato de fornecimento — Conclusões preliminares: Recondução tácita ao regramento contratual primitivo — 2. As circunstâncias especialíssimas da conclusão do contrato de fornecimento — Economia concertada e motivação contratual explícita — Necessidade de controle jurisdicional prévio da denúncia da relação "ex contractu" — Proteção da confiança do contratante — Providências processuais — 3. Aumento arbitrário de lucros — 4. Aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.*

#### 1. CARACTERIZAÇÃO E REGIME JURÍDICO DO NEGÓCIO SOB ANÁLISE — CONTRATO DE FORNECIMENTO — CONCLUSÕES PRELIMINARES: RECONDUÇÃO TÁCITA AO REGRAMENTO CONTRATUAL PRIMITIVO

1. No dia 7.11.68, entre as sociedades Petroquímica União Ltda., na posição de "vendedora", e Copamo — Cia. Paulista de Monômero Ltda., na posição de "compradora", firmou-se um instrumento particular intitulado "Contrato de Compra e Venda para Fornecimento de Etileno".

Verificou-se depois a transformação de ambas essas sociedades em companhias, sendo que, ulteriormente, a "compradora" originária, Copamo S.A., foi incorporada pela Solvay do Brasil S.A., a qual passou a figurar na relação contratual de fornecimento de etileno como sucessora na totalidade das posições jurídicas subjetivas ativas e passivas de que fora titular a sociedade anônima incorporada.<sup>1</sup>

2. O instrumento particular nomeado "Contrato de Compra e Venda para Fornecimento de Etileno" de sua denominação mesma suscita o problema da qualificação jurídica do negócio vez que não são coincidentes o

regramento jurídico do contrato de compra e venda (comercial e civil) e a disciplina do contrato de fornecimento, que paulatinamente ganhou tipificação sócioeconômica,<sup>2</sup> sobretudo na medida em que a respectiva função negocial interempresarial se impôs a ponto de propiciar-lhe um tratamento sob certos aspectos particularizados.

A função sócioeconômica do contrato de fornecimento assim autonomizado como categoria de negócio jurídico não se restringe entretanto àquelas implicações interempresariais. A causa funcional típica dessa categoria contratual encontra-se no desejo ou na precisão de satisfazer rápida, segura e economicamente, uma certa necessidade — puramente pessoal ou relacionada a uma empresa — que seria aleatória ou anti-economicamente atendida por meio de conclusão e cumprimento de um contrato singular e distinto a cada vez que a mesma necessidade se apresentasse. A causa-função tipificadora do contrato de fornecimento localiza-se deste modo na satisfação ou atendimento de um desejo ou de uma necessidade, econômico-social duradouros; reiterados ou continuados.<sup>3</sup>

Este contrato, sem ficar restrito às atividades de empresa, presta-se normalmente à constituição de relações jurídicas entre empresários individuais e/ou sociedades empresárias, por isto que a correspondente atividade<sup>4</sup> pressupõe o recebimento e/ou o adimplemento repetido ou ininterrupto de produtos e de serviços. A apreensão desse aspecto funcional do contrato de fornecimento é decisiva para a elaboração e a inteligibilidade de seu regime jurídico. Visto que, na relação jurídica originada pelo contrato, não há uma prestação única e sim pluralidade ou continuidade de prestações ligadas entre si, o que importa é menos a soma das prestações individuais ou individualizáveis e mais a respectiva multiplicidade na medida em que tem como fundamento um contrato unitário, dotado de causa funcional unitária e gerador de uma só relação obrigacional.<sup>5</sup>

Observa-se a propósito uma duplicidade de conexões bem própria ao contrato de fornecimento: de um lado a reiteração ou a continuidade das prestações; de outro lado a unidade da relação jurídica nascida de um contrato. A reiteração ou a continuidade das prestações separa do contrato de venda e compra o contrato de fornecimento: no pri-

meiro, mesmo sendo parcelares as prestações do vendedor, a ensejar dações repetidas, há uma só prestação, embora dividida. Quando o contrato é de fornecimento as prestações são sempre duradouras; continuadas e reiteradas; prendem-se a uma única relação contratual e se reconduzem a um só contrato.<sup>6</sup>

3. O contrato posto em exame é de fornecimento. Nele, duas sociedades empresárias que atuam na etapa produtiva do ciclo econômico (produção, circulação, consumo) obrigam-se, respectivamente, a produzir e prestar etileno, e a receber e mensalmente pagar pela quantidade do produto aferida em igual lapso de tempo. É evidente o caráter continuado das prestações do produto e seria inconcebível o contrato como de prestação única conquanto parcelável e diferível no tempo. A longevidade da relação contratual concorreu para o aperfeiçoamento do tipo de negócio sócioeconomicamente conhecido e reconhecível como contrato de fornecimento: o prazo inicial foi programado para 10 anos, contados a partir do começo efetivo das operações de fabrico e dação do etileno, mediante duto com fluxo contínuo, emitido das instalações da Petroquímica União S.A., sem via de retorno, às instalações que hoje pertencem à Solvay do Brasil S.A.

Não se verifica entre essas duas pessoas jurídicas contrato de venda e compra de etileno. Como eficácia deste último contrato, que é unitário, uma só prestação pode ser partida e diferida proporcionalmente no tempo, para oportuno adimplemento. O fracionamento da prestação não ocorre no momento de formação do negócio e sim na fase de sua execução.

Não pode haver compra e venda a tempo indeterminado. Nalgum momento há de ser dada a íntegra da coisa vendida ou totalmente pago o preço da coisa comprada, encerrando-se os deveres de prestação que se localizam no cerne da categoria "contrato de venda e compra".

A relação negocial decorrente do contrato de fornecimento é tendencialmente indeterminada, ao contrário da relação derivada da compra e venda. As prestações que se dão no decurso da relação contratual de fornecimento são naturalmente predispostas à indefinição do termo extintivo do prazo relacional, e inclusive concebíveis *ad infinitum*.

Eis o que se passa, atualmente, com base na relação jurídica contratual que interliga a

fornecedora de etileno, Petroquímica União S.A., à Solvay do Brasil S.A., consumidora intermediária<sup>7</sup> do produto de que é abastecida pela primeira.

4. Afirma-se que nos contratos constitutivos de relação obrigacional por tempo indeterminado, é permitido aos figurantes em qualquer uma das partes "denunciar o contrato". Essa assertiva, com o grau de generalidade assim exposto, não tem amparo legal explícito, mas é sustentável quanto ao ordenamento jurídico brasileiro em sede de princípio (*infra*, n. 2, itens 9 e 10).

Não se deve no entanto esquecer que nem sempre a denunciabilidade pode ser desmotivada (é o caso da expressivamente chamada "denúncia vazia"). Há espécies e há casos nos quais a denúncia, para ser eficaz, precisa ser motivada (e por isso chama-se "denúncia cheia").<sup>8</sup>

A eficácia típica do negócio jurídico unilateral denunciativo consiste em assinalar o termo final (*dies ad quem*) de uma relação *ex contractu* nascida sem prazo, ou transformada em relação a tempo indeterminado pelo esgotamento do prazo inicial, sem que se haja interrompido o exercício correspondente dos poderes e deveres jurídicos (em senso lato) de que eram titulares e/ou destinatários os figurantes na mesma relação.<sup>9</sup>

A atualização da eficácia jurídica da denúncia não põe término "ao contrato". O negócio denunciativo opera no plano da eficácia e por consequência provoca a extinção da relação jurídica contratual a partir do momento em que a declaração de denúncia chega ao destinatário legitimado a recebê-la. Compreende-se, nesta maneira, a concepção da denúncia como: a) negócio jurídico unilateral constitutivo negativo de efeitos negociais (a relação contratual é efeito do negócio jurídico multilateral denominado contrato; as posições jurídicas subjetivas contidas na relação contratual são efeitos de efeito), b) receptício, e c) operante *ex nunc* — isto é, somente para o futuro, respitando-se o todo dos efeitos pretéritos.<sup>10</sup>

Se a denúncia fosse "do contrato", desartaria as suas consequências no plano da existência dos negócios jurídicos, — o que não acontece —, por isso que a destruição "do contrato" eliminaria a base de todas as atribuições patrimoniais efetuadas com base nele (*E.g.*, a dação do etileno e consequente

domínio adquirido sobre o produto fornecido e transformado; a dação do preço e o consequente domínio do fornecedor de etileno sobre moeda já dispendida. Tudo isso haveria de ser reposto ao *statu quo ante*).

Insista-se em que a denúncia regularmente chegada ao destinatário legitimado não extingue "o contrato" (plano da existência); desconstitui, em princípio, para o futuro (*ex nunc*), aquilo que seria efeito da permanência da relação jurídica contratual, gerada sem prazo, ou remanescente por tempo indeterminado, quando, a despeito da sobreveniência do termo final dessa relação, os figurantes em seus pólos perseveram no exercício das correlativas posições jurídicas ativas e passivas, prestando e contraprestando como se denúncia não houvesse.

5. No instrumento de "Contrato de Compra e Venda para Fornecimento de Etileno", firmado a 7.11.68 — instrumento esse que documenta um contrato de fornecimento verdadeiro e próprio (*supra*, ns. 2 e 3) — foi pactada uma cláusula de denúncia vazia ou desmotivada, uma vez exaurido o prazo inicial do negócio e as subsequentes prorrogações negocialmente previstas.

Eis o seu teor: "Cláusula nove — prazo. 9.01 (...) 9.02. O prazo contratual considerar-se-á prorrogado por mais cinco anos, e assim sucessivamente, por iguais períodos, se não for denunciado por qualquer das partes contratantes até 24 meses antes do seu término ou do encerramento de qualquer das prorrogações que eventualmente se seguirem".

Pelo intermédio de carta-missiva datada de 24.3.86, subscrita pelo diretor-presidente da Petroquímica União S.A., esta sociedade — posicionada como fornecedora de etileno no contrato de fornecimento documentado naquele instrumento assinado pelos figurantes contratuais primitivos no dia 7.11.68 — comunicou à contraparte: "... as condições que regem o fornecimento de etileno são bastantes (*sic*) diferentes daquelas em vigor à época da assinatura de nossos contratos, ou seja, anteriores mesmo ao início de nossas operações industriais. Por essa razão, torna-se necessário adequá-los às condições atuais e uniformizá-los, para o que estamos reformulando os textos desses contratos. Nesse sentido, e de acordo com a Cláusula Nove — item 9.02 — estamos denunciando o contrato em vigor que, portanto, expirará em

31.3.88. Nesse ínterim apresentaremos a minuta de um novo contrato, dentro do princípio acima exposto, mantendo-se inalteradas as quantidades do instrumento vigente”.

Depreende-se dessa carta — que consubstancia um negócio jurídico denunciativo (*retro*, 04) — a datação de um termo final explícito para a relação contratual de fornecimento, iniciada, segundo parece, em 11.4.72, por um prazo de 10 anos, prorrogada conforme a citada *Cláusula nove*, 9.02, até 24.3.86, quando partiu da fornecedora, Petroquímica União S.A., uma declaração de denúncia, a qual, respeitando o prazo clausular de 24 meses de antecedência, fez chegar à contraparte a comunicação do futuro encerramento da relação contratual estabelecida e prorrogada *ex contractu*.

Consoante a letra da carta de denúncia estaria a Petroquímica União S.A. “denunciando o contrato em vigor” (*sic*). Ressalvada, porém, que enquanto não fosse apresentada por ela, fornecedora/denunciante, a “minuta de um novo contrato”, manter-se-iam “inalteradas as quantidades do instrumento vigente”.

Acontece todavia que — nada obstante a chegada da comunicação denunciativa da relação contratual de fornecimento, bem assim o advento do *dies ad quem* (termo final) para o vínculo negocial — 31.3.88 —, até o presente momento a Petroquímica União S.A. não só deixou de cumprir a prestação que assumiu, unilateral e espontaneamente, no sentido de apresentar “minuta de um novo contrato”, como também continuou a abastecer de etileno a Solvay do Brasil S.A., modificando, porém, a libito dela, fornecedora, a determinação do preço do produto e dos custos pertinentes aos assim chamados “encargos financeiros”.

Informa a Solvay do Brasil S.A. que “os preços vêm sendo alterados periodicamente com base na variação cambial mais um percentual variável representando um aumento real de preços”. Demais disso, “os prazos de pagamento têm se mantido constantes, com encargos financeiros segundo a taxa de mercado até julho/92 e 2% a 3% acima após julho/92”.<sup>11</sup>

Antes de passar à consideração da licitude e dos consectários dessas inovações impostas *ex uno latere* à relação contratual de forne-

cimento de etileno, pela fornecedora, Petroquímica União S.A., em prejuízo da pessoa jurídica abastecida, Solvay do Brasil S.A., são de mister algumas conclusões preliminares, em face dos dados de fato e de direito até aqui coligidos.

6. A denúncia promovida pela fornecedora, Petroquímica União S.A., com pretendida eficácia de constituição negativa da relação contratual de fornecimento, diferida para o dia 31.3.88, não atingiu “o contrato de fornecimento” (plano da existência do negócio jurídico) nem mesmo a totalidade do conjunto de efeitos negociais contidos na relação obrigacional gerada pelo mencionado contrato (plano da eficácia do negócio jurídico).

E não só do ponto de vista da lógica jurídica essas circunstâncias se configuraram. Sem embargo dos peculiares efeitos extintivos do negócio de denúncia não puderam ultrapassar o plano da eficácia contratual ainda não concretizada, a carta comunicadora da denúncia “do contrato” (*verbis*) declarou “inalteradas as quantidades do instrumento vigente” — e “quantidades”, nesse texto, não discrimina o *quantum* respeitante ao preço do *quantum* referente ao etileno fornecido — quando menos até a apresentação, pela fornecedora/denunciante, de “minuta de um novo contrato” (*litteris*).

Porque essa minuta nunca foi enviada à Solvay do Brasil S.A., apesar da insistência exarada para obtê-la, permanece existente, válido e eficaz o contrato de fornecimento celebrado a 7.11.68, sem exceção da eficácia própria às cláusulas pactadas para definir a formação do preço do produto fornecido.

Repare-se muito bem nisto que o efeito extintivo típico ao negócio jurídico de denúncia deixou incólumes a existência e a validade daquelas cláusulas contratuais orientadas à determinação do preço do produto fornecido.

Em bom rigor, a pertinente eficácia daquelas cláusulas determinativas do preço também sobreviveu enquanto o comportamento das contratantes permaneceu conforme a tais previsões clausulares. Numa ponderação cuidadosa da duratividade da relação contratual de fornecimento atermada finalmente, pelo negócio denunciativo de 24.3.86, para o dia 31.3.88, dá-se conta de que aquela denúncia acabou ela própria ineficazada, e talvez integralmente. Isso porque um novo contrato

jamais foi concluído para substituir total ou parcialmente aquele celebrado em 7.11.68. A base ou fundamento das prestações e contraprestações das quais ainda agora desincumbem-se as figurantes na relação jurídica de fornecimento — Petroquímica União S.A. e Solvay do Brasil S.A. — encontra-se no contrato cujo instrumento firmou-se a 7.11.68.

A relação nascida deste contrato experimentou a sucessão da pessoa jurídica Copamo S.A., figurante originária numa de suas partes, ou pólos, mas este fato em nada concorreu para modificá-la.

Na realidade, alteração na relação jurídica contratual *de qua* houve apenas no momento a partir do qual a conduta da sociedade fornecedora afastou-se, por deliberação unilateral, das previsões clausulares orientadas à determinação do preço, nisto sendo acompanhada — não voluntariamente — pela sociedade empresária carente do produto cujo fornecimento lhe é indispensável para a atividade que desempenha no mercado setorial.

A licitude e as consequências dessa inovação unilateral serão aferidas mais à frente (*ultra*, n. 7, *in fine*, n. 2, item 9 e n. 3).

7. De acordo com um cânone hermenêutico tão elementar quanto fundamental para a interpretação dos contratos durativos e das relações obrigacionais reiteradas e/ou continuadas (*supra*, n. 1, nota 3) “a melhor interpretação de um contrato é a conduta das partes, o modo pelo qual elas o vinham executando anteriormente, de comum acordo”.<sup>12</sup> A locução final, “de comum acordo”, merece toda a atenção pois cuida-se de fixar o significado e o sentido do comportamento conjunto dos figurantes, e ele é o que mais importa.

A propósito, a redação da segunda parte do art. 1.362 do *Codice Civile* vale ser transcrita: “Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”.<sup>13</sup>

Parece claro que o comportamento conjunto de ambas as companhias, Petroquímica União S.A. e Solvay do Brasil S.A., as quais persistiram no cumprimento comum e conformado às cláusulas do contrato concluído a 7.11.68 — mesmo depois da superveniência do termo prefixado pela carta de denúncia para o dia 31.3.88, e a despeito dessa atenuação final — esse cumprimento comum

provocou e consolidou a deseficacização do negócio denunciativo.

Subsiste o contrato primitivo de fornecimento e subsiste igualmente a relação jurídica contratual de fornecimento. Não fora assim e todas as prestações e contraprestações completadas após 31.3.88 seriam *sine causa atribuenti*, quando, em verdade, foram *solvendi causa*, isto é, em adimplemento dos deveres contratuais de prestação e contraprestação duradouras.

A detecção da permanência do contrato de fornecimento de etileno e de uma única relação jurídica obrigacional duradoura, implica realçar, a partir das circunstâncias negociais concretizadas, o surgimento, no caso, de recondução tácita ao contrato aperfeiçoado no dia 7.11.68. A recondução tácita tem o efeito típico de renovar por tempo indeterminado a eficácia de um negócio contratual em princípio extingüível pela adveniência do respectivo termo final.

A “recondução tácita de contrato por tempo determinado converte-o em contrato por tempo indeterminado”.<sup>14</sup> “Não raro, a renovação decorre do comportamento das partes, que continuam a cumprir suas obrigações como se o prazo não se esgotara. Verifica-se, nessa hipótese, a recondução tácita, cujo efeito principal é o de converter o contrato por tempo determinado em contrato por tempo indeterminado”.<sup>15</sup>

Essa figura que importa na renovação implícita da relação contratual leva à restauração e à repristinção de todas as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas presentes no conteúdo daquela relação (*supra*, n. 4).

Dáí a regra de que, ao contratante que se oponha a tal renovação, corra o ônus de manifestar claramente a própria vontade negativa sobre o fato e a extensão do restabelecimento da eficácia do contrato mediante tácita recondução.<sup>16</sup>

Essa manifestação de vontade negadora da recondução, nunca foi, no caso em estudo, emitida por qualquer das partes. O que se pode apurar é a tácita renovação integral da eficácia do contrato de fornecimento datado de 7.11.68. Houve prorrogação voluntária implícita do conjunto dos efeitos contratuais em potência e em ato apesar da assinatura denunciativa de um termo final para a relação obrigacional: o longínquo dia 31.3.88.

No trato de tempo intercorrente desde este dia até os primeiros meses de 1992, as duas sociedades figurantes na relação contratual de fornecimento mantiveram um "estado de coisas" que entre elas precedentemente correspondia à sua *performance normal*, quanto aos atinentes "direitos e obrigações",<sup>17</sup> como se estivessem ligadas à primeira fase da execução do contrato, "platonicamente" esgotada a 31.3.88, e que efetivamente perdura ainda agora.

Num certo momento, todavia, a fornecedora, Petroquímica União S.A., desligou-se (como se pudesse), unilateralmente, do programa contratual referente ao preço do etileno fornecido à Solvay do Brasil S.A., e entrou de impor a esta última acréscimos sucessivos e injustificados, infringindo, assim, o equilíbrio genético e até então também funcional, que estava na base objetiva<sup>18</sup> da relação contratual, renovada a tempo indeterminado pela recondução tácita em estratificação progressiva desde o dia do advento do termo (pseudo) denunciativo.

A prática de imposição unilateral e exagerada do preço do etileno, por parte da fornecedora, vulnera ilicitamente o nexos de equivalência econômico-financeira objetiva entre prestação do produto e prestação do preço correspondente, equivalência esta determinável, com engenhosidade digna de nota, pela fórmula matemática e demais estipulações insertas na *Cláusula seis — Preço e reajustamento*, do instrumento firmado em 7.11.68.

Uma eventual sentença: a) declaratória da existência da relação jurídica contratual que interliga a Petroquímica União S.A. e a Solvay do Brasil S.A., *ex vi* do contrato de fornecimento concluído no dia 7.11.68, poderia, também, b) esclarecer, com força de preceito — e havendo por fundamento negocial os componentes daquela fórmula-clausular-revistas e atualizados pericialmente — qual fosse c) a interpretação ajustada à finalidade econômica perseguida pelos contratantes, d) em congruência com um regramento jurídico de coordenação paritária dos interesses econômicos co-envolvidos e objetivamente motivados no instrumento contratual, uma vez e) refugada a preponderância contratual abusiva pela dominação monopolística da fornecedora no mercado de etileno (*infra*, n. 3).

## 2. AS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIALÍSSIMAS DA CONCLUSÃO DO CONTRATO DE FORNECIMENTO — ECONOMIA CONCERTADA E MOTIVAÇÃO CONTRATUAL EXPLÍCITA — NECESSIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL PRÉVIO DA DENÚNCIA DA RELAÇÃO "EX CONTRACTU" — PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO CONTRATANTE — PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS

8. "Compreendem-se no conceito jurídico de motivo, em direito privado, tanto os dados psíquicos como as circunstâncias objetivas que precedem e determinam a declaração negocial".<sup>19</sup> O contrato se constitui como estrutura negocial multilateral gerada pela soldagem, no plano da eficácia, dos efeitos típicos de no mínimo duas declarações negociais: a oferta e a aceitação.

No direito comum domina o princípio da irrelevância dos motivos. "Com a causa, dissemos, não se confundem os motivos, que levam a pessoa a praticar o ato. Não se inserem, esses, no suporte fático: ficam aquém, ou além; psicologicamente, subjazem. Isso importa dizer-se que não entram no mundo jurídico, porque só entrariam se integrassem o suporte fático, e não o integram. Pode dar-se, porém, (...) que os figurantes confirmem relevância a motivos, então inserem-se eles no suporte fático; e entram, com esses, no mundo jurídico. (...) Por exemplo: A comprou o apartamento, no edifício de quatro apartamentos, ou mais, porque quer empregar capitais, B porque não quer morar no que comprou, C porque não quer a D como vizinho no mesmo andar (...). O princípio, que rege, é o da irrelevância dos motivos. (...) Junto ao princípio da irrelevância dos motivos existe o de poderem ser insertos nos suportes fáticos (princípio da inseribilidade dos motivos). A condição é motivo tornado relevante; estabelece-se a expectativa de fato futuro, e dele faz-se depender a eficácia do ato jurídico".<sup>20</sup>

Motivo e motivação não se reduzem a um só conceito. "Motivação é a expressão dos motivos. É a fundamentação dada ao ato (...). Quando a motivação é obrigatória, sua razão de ser é dupla: obriga o declarante a se conscientizar da adequação de sua declaração

às exigências do preceito, legal ou contratual, e facilita, para os declaratórios, o controle dessa mesma adequação".<sup>21</sup>

O contrato de fornecimento concluído a 7.11.68 — em cujas partes relacionais (ou pólos) figuram, na atualidade, como fornecedora, a Petroquímica União S.A., e como destinatária do etileno, com que se abastece para fabricar matérias outras, Solvay do Brasil S.A. — é bem a mostra de negócio jurídico cuja constituição assentou-se em claríssima motivação explicitada no conteúdo do documento contratual.

Naquele contrato — de cuja existência, validade e eficácia perdurantes ocupou-se todo o n. 1 deste escrito — os figurantes fizeram expressamente consignar que, pelo lado da sociedade fornecedora, esta "se dispõe a construir e operar em Capuava (...) instalações industriais para produzir unidades de craqueamento e de reformação de nafta que produzirá etileno em quantidades pelo menos suficientes para atender as suas obrigações perante a Copamo" (hoje Solvay do Brasil S.A.) "decorrentes do presente contrato" (cf. o preâmbulo do instrumento contratual datado de 7.11.68).

Pelo lado da sociedade que contratou a recepção do etileno objeto da prestação de fornecimento, declarava-se, outrossim, que ela "se dispõe a construir e operar uma unidade de produção de cloreto de vinila, a partir de etileno petroquímico, que terá a capacidade de 100.000 toneladas/ano quando a 'Compradora' (hoje a Solvay do Brasil S.A.) assim o decidir".

Nem é preciso esclarecer que as instalações industriais da Petroquímica União e da atual Solvay do Brasil nasceram e foram estabelecidas em função direta do adimplemento recíproco do contrato de fornecimento interempresarial pactado a 7.11.68.

As duas sociedades empresárias industriais não só estão mas realmente são funcionalizadas uma à outra, originária e presentemente, entrelaçando-se de maneira a quase não se poder desamarrar as suas mútuas atividades.

Abstraindo-se da conjuntura econômica, quer sincronicamente quer diacronicamente, revela-se no caso em análise, ao menos sob angulação microeconômica, um parcial exemplo do fenômeno chamado "economia concertada", isto é, "essencialmente, uma economia de diálogo e de colaboração a qual tem

como consequência o fato de que os particulares responsáveis pela economia e os dirigentes e assalariados daquelas empresas privadas, de uma parte, e o Estado, de outra parte, aceitam concienzializar-se em comum acerca dos problemas econômicos e sociais, para o fim de elaborar conjuntamente as soluções preparatórias de ações concretas e convergentes".<sup>22</sup>

Sabe-se que a Petroquímica União S.A. personifica uma empresa estatal cujo controle acionário é de titularidade da Petroquímica S.A. (conhecida pela sigla Petroquisa), a qual atua como *holding* da Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A.) no setor petroquímico. A pessoa de direito privado comercial Solvay do Brasil S.A. opera uma empresa particular, orientada para a produção de bens compostos de matéria petroquímica, e para isto precisa ser abastecida de etileno.

Situa-se, ao lado de várias outras empresas, em Capuava, distrito do município de Santo André, onde está assentado o Pólo Petroquímico de São Paulo. Neste Pólo Petroquímico, a sociedade estatal Petroquímica União S.A. exerce e desfruta do monopólio,<sup>23</sup> constitucionalmente atribuído à União Federal sobre o setor econômico que tem por base o petróleo (CR, art. 177, *caput* e ns. I a IV).

O contrato de fornecimento de etileno cuja eficácia enterliga obrigacionalmente a Petroquímica União S.A. e a Solvay do Brasil S.A. insere-se num quadro amplíssimo — e, nessa mesma medida, instável e contraditório — de políticas econômicas intentadas por sucessivos governantes federais que arranjaram o território nacional (*aménagement du territoire*) segundo planos extrapoladores do ordenamento jurídico administrativo tradicional.<sup>24</sup> A "organização do território" pode assim "assumir as proporções da política econômica com o aperfeiçoamento de equipamentos de infra-estrutura, tais como o preparo do terreno para a implantação de indústrias, sistemas de transportes e comunicação e todos os demais dados sobre a localização vantajosa dos empreendimentos. É o que identificamos como a política dos distritos industriais, dos pólos de equilíbrio, das metrópoles de equilíbrio, que se compõem de variados elementos dirigidos nesta intenção".<sup>25</sup>

A este enclave entre economia concertada e economia orientada — que aliás remonta

a um negócio estruturalmente peculiar ao direito privado, e, pois, de economia contratual<sup>26</sup>, remete a motivação objetiva assentada já no preâmbulo do contrato de fornecimento versado neste escrito.

Sendo assim, enquanto persistirem mais ou menos substancialmente as estruturas econômico-jurídicas do neo-liberalismo distorcido pelo intervencionismo do Estado, cuja perversão de objetivos tentou-se corrigir na Constituição Federal de 1988,<sup>27</sup> a relação contratual de fornecimento de etileno entre a Petroquímica União S.A. (monopolista estatal) e a Solvay do Brasil S.A., alicerçada nessas estruturas e nela integrada, não poderá sofrer solução de continuidade mediante simples denúncia, vazia ou cheia.

Averiguados os nexos econômico-teleológicos aos quais as duas sociedades empresárias reciprocamente funcionalizaram as suas atividades, quaisquer alterações na relação jurídica contratual correspondente, quando não resultarem de modificações bilateralmente ajustadas — e.g., distrato, aditamentos contratuais, reajuste de preços negociado, ou arbitrado por terceiro legitimado pelas contratantes — somente poderão ser obtidas mediante prévia interferência e controle jurisdicionais, segundo o *due process of law* (CR, art. 5.º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens em o devido processo legal”), em sentido material e processual.<sup>28</sup>

Vai daí que a Petroquímica União S.A. — na medida em que vem unilateralmente impondo, na posição de sociedade empresária estatal monopolista, aumentos repetidos e injustificados no preço do etileno fornecido à Solvay do Brasil S.A. bem assim a cobrança de encargos financeiros superiores à média percentual extraída do mercado — vai daí que aquela sociedade, como se dizia, incorreu em atos ilícitos contratuais (*supra*, n. 1, 7), violando também a liberdade de iniciativa que é ao mesmo tempo fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio conformador da ordem econômica (CF, art. 1.º, *caput*, n. IV). Como será explicado mais à frente (n. 3, *ultra*), essa infração às citadas ordenações constitucionais implica ilicitude invalidante caracterizada pela nulidade parcial de que estão em concreto contaminados os atos jurídicos unilaterais abusivamente causadores dos repetidos aumentos no preço do etileno

fornecido bem como da elevação nos “encargos financeiros” cabíveis.

9. É vantajoso tracejar, ainda neste n. 2 do presente estudo, as relações de complementariedade que entrelaçam o princípio do devido processo legal ao fundamento constitucional da livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência enquanto linhas normativas de conformação da ordem econômica planeada pela CF/88 (arts. 1.º, IV; 5.º, LIV, e 170, *caput* e n. IV).

De acordo com o que já espontou da lucidez de um dos juristas maiores do País, as liberdades ético-econômicas<sup>29</sup> regradas pelo ordenamento constitucional podem sintetizar-se no seguinte enunciado: “A livre iniciativa realiza-se, na ordem econômica, mediante o respeito aos imperativos da livre concorrência, isto é, com obediência às leis concorrenciais do mercado, em virtude das quais os resultados das atividades econômicas se atualizam e devem ser auferidos em função do livre jogo das forças produtivas, sem qualquer interferência que possa impedir a espontânea consecução desses resultados”.<sup>30</sup>

Quando o exercício da liberdade de iniciativa na ordem econômica é cercado pelo intermédio de intrusões que não são imputáveis ao livre jogo ou livre concorrência das forças econômicas atuantes na sociedade de mercado, — o que sucede na dominação monopolista, incluída a da União Federal — evidentemente os resultados dos empreendimentos de livre iniciativa não são alcançados ou se conseguem com diminuta margem de proveito, drenando-se, num e noutro caso, — ilicitamente (CF/88, art. 173, *caput* e § 1.º) —, os recursos econômicos de que são titulares os agentes produtivos privados, de sorte a tomar figura um proibido perdimento de bens (CF, art. 170, *caput* e n. II), sem o devido processo legal (CR, art. 5.º, n. LIV), tanto mais extenso quanto mais intensiva for a aplicação da atividade econômica dos particulares em confiança no ordenamento jurídico da liberdade de empresa.

Dentro nessa lógica deformadora do neo-liberalismo, a qual está a gritar por correções no plano das práticas empresariais abusivas, devem ser enquadrados os sucessivos atos de aumento unilateral e injustificado dos preços do etileno fornecido pela Petroquímica União S.A., em regime de monopólio legal, à Solvay do Brasil S.A.

A constatação da ilicitude dessa disfunção artificial e infratora das concretas expectativas objetivamente motivadas no próprio texto do contrato de fornecimento dá mais um fundamento bastante para o imprescindível controle, pelo Poder Judiciário, da mutabilidade da relação contratual. E também legitima a Solvay do Brasil para acionar uma pretensão à pronúncia jurisdicional de rejeição das inovações perpetradas pela fornecedora, *ex uno latere e ad libitum*, a detrimento dela, Solvay do Brasil S.A., em particular, e das liberdades constitucionais de livre iniciativa e de livre concorrência contempladas, em geral, na regulação cogente e auto-aplicável que promana da Lei Maior (cf. art. 1.º, *caput* e segunda parte do n. IV; art. 170, *caput* e ns. II e IV; art. 173, *caput* e §§ 1.º, 2.º e 4.º).

10. No âmbito do controle das vicissitudes da relação jurídica obrigacional correspondente à eficacização do contrato de fornecimento, a mais do princípio da inalterabilidade *ex uno latere* por algum dos figurantes, coloca-se também a questão do princípio da denunciabilidade restrita, o qual se compenetra à duratividade intrínseca ao tipo contratual estruturado em função da continuidade do abastecimento, continuidade esta que se verticaliza quando a conclusão do negócio ocorre entre sujeitos empresariais.

Como foi visto (*retro*, n. 1, 2, nota 4) a empresa juridicamente se conceitua como “exercício profissional de uma atividade econômica dirigida no sentido de organizar os fatores produtivos (recursos naturais, trabalho e capital) para que sejam empregados em operações de produção (na qual estão compreendidos os serviços) e de troca (circulação e comércio) no mercado”.<sup>31</sup>

A exploração de uma empresa por parte dos sujeitos titulares da atividade algumas vezes pode ser relevante para a estrutura e a função concorrentes à constituição de um tipo contratual. Noutras vezes interessa a possibilidade de diferenciar tipos de contratos segundo o figurante numa das partes movimente ou não uma atividade empresarial, ensejando que a qualificação de alguma das partes como empresária entre na função sócio-econômica inerente ao próprio *typus*.<sup>32</sup>

Sem ter de aprofundar esta elegante *quaestio juris* pode afirmar-se que o contrato de fornecimento concretamente considerado é

suscetível de recondução e consequencialização prática à segunda dessas hipóteses.

O que se tem de realçar é a circunstância de que a duração conatural ao desempenho de uma empresa importa no delineamento de um círculo negocial dinâmico e concreto, macro e microeconomicamente configurado, que não se pode desprezar. Foi visto o modo como a Petroquímica União S.A. e a sociedade incorporada pela Solvay do Brasil S.A. a) nasceram interfuncionalizadas; b) as respectivas instalações industriais foram reciprocamente implantadas para o fornecimento e o consumo produtivo de etileno; c) a persistência desse quase inquebrável nexos interempresarial integra a motivação explícita que entrou na composição da base do contrato de fornecimento concluído a 7.11.92 e que hoje ainda existe, vale, e é eficaz para reger a relação jurídica obrigacional dele emanada (*supra*, n. 1, item 7; n. 2, item 8).

Tudo isso aponta para um princípio de indenunciabilidade (tanto vazia como cheia) da relação contratual de fornecimento. Ou, melhor, para um princípio de denunciabilidade restrita, porque dependente de sentença — proferida em procedimento comum e transitada em julgado — a qual declare (portanto *ex tunc*) a eficácia desconstitutiva do negócio de denúncia que marcar termo extintivo para certa relação contratual de fornecimento interempresarial de longa duração, a tempo indeterminado.

E não se alegue demasia. Basta confrontar a exigência de constituição jurisdicional negativa que o Código Civil (art. 1.184) prescreve para o desfazimento de um simples contrato de doação — cuja importância é na verdade diminuta numa sociedade industrial de mercado — e a magnitude desvelada pelas relações contratuais de fornecimento para subsequente fabrico de novos produtos que se travam, desenvolvem-se e se multiplicam na complexidade situacional de um Pólo Petroquímico (v. *supra*, n. 8).

Seria no mínimo contrária à lealdade e à confiança — isto é, à boa-fé elementar ao tráfico dos negócios — sustentar, no caso vertente, a denunciabilidade da relação contratual de fornecimento pelo só efeito negocial desconstitutivo, dependente da declaração de vontade da fornecedora.

Contra isso está a regra do art. 131, alínea 1, do CCom: “A inteligência simples e

adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Contra isso está, também, a função do contrato de fornecimento, e não apenas quando se conclui entre empresário e empresário. O contrato de fornecimento participa dos denominados negócios de confiança (*Vertrauensgeschäfte*). Por meio dessa nucleação dogmática, pouco conhecida no Brasil, aglutinam-se além doutros os contratos de fornecimento, em virtude da relação obrigacional duradoura a qual interliga os contratantes como que perenemente e sob regime de específicos deveres de colaboração intensiva.<sup>33</sup>

Os contratos são procedimentos técnico-jurídicos economicamente funcionalizados que põem em ligação dois ou mais agentes, posicionando-os como partes (centro de interesses) nos pólos da relação que o próprio contrato irradia a modo de eficácia obrigacional própria. Sendo duradoura essa relação — o que ordinariamente importa em prestações continuadas e contraprestações reiteradas (*retro*, n. 1, texto e notas 3 e 4) — um alto grau de confiança objetivamente conforme à ordem jurídica da economia há de ser tutelado. A Constituição Federal de 1988 não encerra apenas uma promessa frustrânea ao prescrever para o Brasil, como um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, uma “sociedade solidária” (art. 2.º, *caput* e n. I, última parte). A solidariedade prescrita na regra constitucional é um dos “valores superiores” (Constituição espanhola de 1978, art. 1.1, *verbis*) cuja realizabilidade a projeção cogente da hierarquia normativa porta inclusivamente ao nível dos negócios jurídicos de direito privado.

Comportamento negocial ou cláusula negocial desconformes aos valores constitucionais podem nascer ou vir a ser manifestações de ilicitude (= contrariedade ao sistema de direito) invalidante do sentido-jurídico do comportamento negocial ou da regularidade clausular, aparentemente admissíveis pela só consideração do direito infraconstitucional. É o que se passa, analogicamente, com as leis inconstitucionalmente natas, ou inconstitucionais por superveniência.

Será portanto ilícito constitucional a suspensão do fornecimento de etileno à Solvay do Brasil, por ato jurídico unilateral privado,

mesmo se precedida de denúncia da relação obrigacional a tempo indeterminado, oriunda do contrato de fornecimento de 7.11.68, ao qual se verificou uma recondução tácita ultimamente desrespeitada pela fornecedora, Petroquímica União, de maneira anti-solidária, abusiva, e, por conseqüência, contrária ao ordenamento jurídico.

De acordo com a conjugação dos dois princípios referidos neste n. 2, item 10 — a saber, o princípio da inalterabilidade unilateral da relação de fornecimento *ex contractu* e o princípio da denunciabilidade restrita da mesma relação — qualquer modificação unilateral nessa espécie de nexos normativos não pode ser eficazizada, sem prévio controle e declaração jurisdicionais, por sentença proferida em processo de conhecimento.

A Solvay do Brasil terá, ademais, legitimidade e interesse (CPC, art. 3.º) para pleitear tutela processual cautelar atípica ou inominada, adaptável à assecuração da continuidade do fornecimento do etileno (CPC, art. 798) enquanto não houver pronunciamento jurisdicional de cognição definitiva da situação contratual. O ajuizamento dessa providência asseguradora poderá ser, em consonância com as circunstâncias presentes e futuras, deduzido em ação cautelar preparatória ou incidental (CPC, art. 796) à ação de conhecimento na qual serão cumuláveis pedidos declaratórios (CPC, art. 4.º, I) e condenatórios (CPC, art. 292), inclusive nestes últimos a pena de cominação de multa pecuniária a que se refere o art. 287 do mesmo diploma instrumental.

Proposta uma ação de conhecimento para deslindar e estreimar e, afinal, declarar (= tornar claros) os marcos da complexa situação contratual de fornecimento em que estão interagindo a Petroquímica União S.A. e Solvay do Brasil S.A., convém que sejam articulados na petição inicial os seguintes pontos acerca dos quais deverá pronunciarse o órgão jurisdicional, provocado de acordo com a análise até agora minuciosada:

a) sobrevivência da relação jurídica obrigacional como eficácia do contrato de fornecimento pactado a 7.11.68;

b) deseficacização da carta de denúncia datada de 24.3.86, por força do comportamento comum das figurantes na relação contratual, pois persistiram na execução do programa de prestações como se denúncia não ocorresse;

c) recondução tácita à disciplina da relação jurídica de fornecimento em conformidade com o negócio contratual documentado no instrumento de 7.11.68;

d) reconhecimento da eficácia obrigacional dos motivos objetivamente declarados naquele instrumento, de maneira a entreligar indefinidamente as atividades interfuncionalizadas da sociedade empresária fornecedora do etileno e da sociedade carente dessa mercadoria monopolizada;

e) inalterabilidade unilateral, por qualquer das partes, da relação contratual de fornecimento entre elas existente, em razão daquela interfuncionalização de interesses e objetivos econômicos, já antes do estabelecimento das respectivas instalações industriais, que foram assentadas no Pólo Petroquímico de São Paulo especialmente para que uma das sociedades, beneficiada pela monopolização estatal do etileno produzisse em quantidade suficiente à outra;

f) necessidade decorrente de que a situação do contrato de fornecimento, dada a peculiar situação em que macro e microeconomicamente se inscreve, apenas possa ser modificada pelo intermédio de controle jurisdicional prévio, consubstanciado em sentença de cognição proferida com todas as garantias do devido processo legal;

g) condenação da sociedade fornecedora à restituição de tudo quanto houver recebido além dos limites da fórmula contratual originária (“Cláusula seis — Preço e reajustamento” do instrumento firmado a 7.11.68), uma vez revista e pericialmente atualizada a fórmula daquela cláusula, o que deve ser requerido e especificado na peça vestibular;

h) obrigação da sociedade fornecedora no sentido de indenizar por eventuais perdas e danos a sociedade abastecida sob as contraprestações abusivamente impostas mediante a manipulação ilícita do monopólio estatal de produção do etileno.

O fornecimento continuativo do etileno, a ser assegurado eventualmente por meio de uma ação cautelar inominada, conforme o art. 798 do CPC, comporta também pedido de que o preço da mercadoria produtivamente consumida seja depositado em conta remunerada aberta à ordem do juízo, durante todo o tempo em que tramitar a chamada ação principal. A cumulação de pedidos nesse caso é admissível por isso que a generalidade do

poder jurisdicional acautelatório se coordena ao n. III do art. 292 da mesma codificação (CPC, art. 271).

### 3. AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS. ABUSO DE PODER ECONÔMICO POR SOCIEDADE ANÔNIMA ESTATAL FORNECEDORA DE ETILENO EM REGIME DE MONOPÓLIO. ABUSO DE PODER CONTRATUAL. INCONSTITUCIONALIDADES. ILICITUDE PARCIALMENTE NULIFICANTE DAS CONSEQÜÊNCIAS NEGOCIAIS ABUSIVAS. REDUÇÃO JUDICIAL.

11. Noticiou a Solvay do Brasil S.A. (*retro*, n. 1, 6, texto e nota 11) que, por atos unilaterais da produtora e fornecedora de etileno, Petroquímica União S.A., os respectivos “preços vem sendo alterados periodicamente com base na variação cambial de preços”; “os prazos de pagamento têm se mantido constantes, com encargos financeiros segundo a taxa de mercado até julho/92 e 2 a 3% acima após julho/92”.

Foi mostrado nos passos precedentes deste estudo que esse proceder da Petroquímica União S.A. é ilícito, uma vez constatada e objetivamente ponderada a recondução tácita (*supra*, n. 1, item 7) que o comportamento comum de ambas as sociedades concretizou no executar, em normal cumprimento de longa duração, o programa contratual concluído a 7.11.68, ineficacizando, deste modo, a carta de denúncia datada de 24.3.86.

Também foi suscitada a ilicitude constitucional que impregna e parcialmente nulifica as conseqüências dessas inovações na regulação contratual da relação jurídica de fornecimento do produto petroquímico, introduzidas abruptamente, *ex latere suo*, pela sociedade fornecedora. O conseqüente abuso de poder econômico por parte dessa sociedade anônima, que explora monopólio de Estado no setor petroquímico, igualmente entrou em linha de cogitação e de ajustamento às peculiaridades do caso concreto. Isto posto, emergiu a parcial ilicitude nulificante dos atos negociais praticados contra a estrutura da relação contratual duradoura, progressivamente consolidada até 31.3.88 (*retro*, n. 1, itens 5, 6), e a partir

desse dia estratificada por tempo indeterminado (*supra*, n. 2, itens 8, 9 e 10).

Cuidar-se-á, neste lugar, do aprofundamento daquela inconstitucionalidade que abusivamente rompeu com as regras da livre iniciativa e da livre concorrência (*supra*, n. 2, itens 9 e 10), prevalecendo-se de um monopólio estatal de produção e fornecimento, atingindo, com isso, o direito subjetivo dos empresários dependentes da prestação da mercadoria monopolizada, e o direito objetivo constitucionalmente positivado (art. 174, *caput*, §§ 1.º a 4.º) em consonância a fins protetivos da economia de mercado.

12. A pessoa jurídica Petroquímica União S.A., fornecedora monopolista de etileno à Solvay do Brasil S.A., é empresa pública "cujo objetivo é a prestação de atividades econômicas (industriais e comerciais) e, nesse caso, o regime jurídico aplicável é o de direito privado, civil e comercial".<sup>34</sup> Eis o que coerentemente era ensinado durante a vigência do art. 170 da Carta Constitucional de 1967, com a Emenda 1/69.<sup>35</sup>

Na disciplina "Da Ordem Econômica e Social" constante naquele texto normativo de odiosa proveniência rastreou-se "a ideologia adotada no país com referência à empresa".<sup>36</sup>

"A regra geral está contida no art. 160, I a V, em que se define a economia de mercado, c/c o art. 170 e seus parágrafos, quando se estabelece a competência privativa dada às empresas privadas para organizar e explorar as atividades econômicas e, certamente, baseados estes princípios no que vem disposto no art. 153 e, especialmente, em seu § 2.º". "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".<sup>37</sup>

"Procurando definir ainda mais claramente a ideologia da empresa na Constituição de 1969, vemos que esta desce a detalhes de regra da ação do Estado quando organiza as suas próprias empresas e as põe a atuar. Assim dispõe: Art. 170, § 2.º. 'Na exploração pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações'. Mantém-se o Estado, por este dispositivo, ao atuar economicamente em termos empresariais, como um concorrente comum na economia de mercado. Desfigura a própria ação direta, transferindo essa atuação para pessoas

de direito privado, como tais definidos na legislação ordinária (Dec.-lei n. 200 e 900) aqueles dois tipos de empresas. Essa semelhança com as empresas privadas (...) permitiria submeter tais entidades a sanções que jamais se admitiriam contra o Estado".<sup>38</sup>

"Em termos de direito econômico (...) monopólio tem a ideologia correspondente tratada em diversos artigos (...). O art. 160, V, cuida do assunto em termos mais genéricos, pois reprimindo o abuso do poder econômico como tal considera medidas típicas de realização do monopólio, ou seja, o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência, com o fim do aumento arbitrário de lucros".<sup>39</sup>

"As atividades autorizadas pelo § 1.º do art. 170 compreendem o exercício de exploração econômica competitiva, embora tenha caráter suplementar (...). Atuando nesse regime — de concorrência — é certo ainda que inclusive se nos torna possível visualizá-las potencialmente como agentes de abuso de poder econômico, tal como caracterizado pela Lei 4.137/62".<sup>40</sup>

Com maior precisão do que a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962 — ainda válida e eficaz, pois recebida pela Constituição de 1988 — o Regulamento daquela lei de 1962 expressa diretamente: "Art. 1.º. Será reprimido o abuso do poder econômico, quaisquer que sejam as formas que assumam, desde que caracterizadas, isolada ou simultaneamente, situações de: I — domínio dos mercados; II — eliminação da concorrência; III — aumento arbitrário dos lucros" (adiante, n. 15, texto e nota 43).

13. O advento da Constituição da República livremente promulgada em 5.10.88 não trouxe grandes modificações pontuais àquelas normas citadas, que integravam o paradigma do intervencionismo fisiológico atizado pelos atores ilegítimos da dominação político-econômica. Na suas clássicas três dimensões (normas, valores e fatos) a vigente Constituição Federal brasileira está onticamente composta para a concreção de um Estado Democrático de Direito. Observa-se mesmo que nem é usada a palavra intervenção, limitando-se o art. 174 a enunciar que o "Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

O Estado só poderá desempenhar empreendimentos econômicos em situações excepcionais (CF, art. 173, *caput*) e sem permissão para se desviar dos fundamentos, dos objetivos e princípios dos arts. 1.º, IV; 3.º, 170, e, *last but not least*, da tutela do mercado interno como patrimônio nacional (art. 219).

14. Entendimentos os mais abalizados ressaltaram que os diversificados poderes funcionais do Estado preordenados à defesa da livre iniciativa e à livre concorrência não ficaram circunscritos à atuação na esfera privada da ordenação da economia, e sim projetados também sobre as próprias atividades econômicas estatais transferidas a empresas públicas, sociedades de economia mista "e outras entidades" (CF/88, art. 173, § 1.º). Em tudo subordinadas à disciplina de direito direcionada aos agentes empresariais particulares, as "empresas estatais" (em senso largo) — exatamente como todos agentes econômicos titulares de monopólios constitucionais — não ficaram isentos do: "respeito ao mercado e do comportamento conformes ao princípio da livre concorrência, não lhes sendo lícito abusar do poder econômico nem provocar distúrbios no seu funcionamento eficiente".<sup>41</sup>

Um especialista altamente experiente e acatado em matéria de defesa dos mecanismos de mercado pelo ordenamento jurídico, ao abordar a concorrência e o setor público empresarial, não vacilou em afirmar que "a preponderante participação estatal (...) explica a qualificação como empresa pública de sociedades inteiramente sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas", o que não as afasta "das obrigações comuns a todas as empresas privadas e ao falseamento do jogo da concorrência".<sup>42</sup>

"O monopólio de direito consiste na reserva da exploração de determinada atividade econômica para a União (...). A gestão de monopólios, assim como a dos bens e atividades de produção pertencentes à União, pode ser direta ou indireta. Se ela conceder a exploração a entidade privada, a empresa não deixará de fazer parte do setor privado".<sup>43</sup>

15. Na relação contratual de fornecimento estabelecida entre a Petroquímica União S.A. e a Solvay do Brasil S.A., a primeira, produtora e fornecedora de etileno em regime de monopólio legal (*lato sensu*), está realmente a abusar dessa posição de predominância econômica, contra a isonomia jurídica orde-

nada pelo § 1.º ao art. 173 da CF, na exata medida em que vem impondo, aos empresários para os quais é indispensável o recebimento do produto, aumentos reais e sucessivos de preços numa conjuntura econômica estagflacionária.

Essa é uma conduta típica dos monopólios quando a estagnação ou o declínio do nível de produção e emprego se combinam com uma inflação alta e propensa à aceleração. O aumento de preços é impingido pelos agentes econômicos monopolizadores, os quais, mesmo produzindo menos, procuram manter uma média de lucro inalterada. Nesta prática, — especialmente quando a dominação do mercado setorial tem base na lei e o Estado é empresário — é costumeiro ocorrer aumento de preços mais aumento de lucros sem correspondente alta ou até com baixa na produção.<sup>44</sup>

Os conceitos jurídicos correlativos a uma conjuntura econômica recessiva, qualificada pelo monopólio de empresas estatais e consentâneos desajustes de mercado, exprimem-se muito apropriadamente na locução "abuso do poder econômico mediante aumento arbitrário de lucros".<sup>45</sup>

A lucratividade das chamadas empresas estatais — das monopolistas especialmente — pode em si mesma ser questionada. "Por força das disposições constitucionais reguladoras da ordem econômica do País, verifica-se que o exercício de atividade empresarial pelo Estado é a exceção e não a regra (art. 173, *caput*, da CF/88). E exceção justificada [quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei]. Em sendo assim é irrecusável que a criação ou a gestão de empresas estatais com o objetivo de produção e partilha de lucros constitui um desvio de poder ou de competência do Executivo; não só em detrimento das empresas privadas concorrentes — ponto de vista do direito privado tradicional — como também e sobretudo em relação ao superior interesse da economia nacional".<sup>46</sup>

"Ora, ninguém sustentará, nem mesmo os últimos partidários da 'mão invisível', que não possa jamais haver conflito ou incompatibilidade entre o objetivo societário de lucro e o dever legal da companhia exercer uma função social".<sup>47</sup>

"É evidente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ser



criadas, em nosso regime constitucional, para satisfazer interesses financeiros do Poder Público, numa forma desviante de arrecadação de receita".<sup>48</sup>

Pode-se eventualmente divergir da lógica de ferro do excepcional professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mas a sua conclusão tem por si a ferida aberta pela realidade cotidiana e contundente do capitalismo de Estado praticado "à moda da casa".<sup>49</sup>

16. Livros introdutórios ao estudo de economia ensinam que a formação do preço no mercado monopolizado obedece a uma tendência de lucro anormal. Os custos são mais altos em virtude do inaproveitamento de toda a capacidade produtiva da empresa e do recuo a níveis mínimos em todo o mercado. A técnica determinativa dos preços é elementar: o empresário, e não o mercado, estabelece o preço final. Calcula-se o custo básico e se lhe acrescenta uma importância a título de ... "lucro". O arbítrio e mesmo a arbitrariedade são ínsitos à dominação oligopólica do mercado. Esse arbítrio quanto à apuração do lucro normalmente degenera em aumentos ilícitos do preço do produto ou do serviço fornecidos. A ilicitude aparece quando o aumento do lucro é abusivo porque arbitrário, isto é, desproporcionado à conjuntura econômica; a um dado setor do mercado, ou à situação microeconômica da empresa, de modo que o fornecedor do produto ou do serviço têm o seu preço fixado sem tomar em consideração a oferta, a procura e os custos de produção. Esta abusividade no exercício do *market power* pode ser percebida com facilidade pelos aumentos sucessivos no preço de bens monopolizados a despeito (ou por causa...) de conjuntura estagflacionária onde estejam em ação altista empresas fornecedoras de insumos, notadamente as estatais.<sup>50</sup>

Trata-se efetivamente de uma elevação administrada do preço do produto ou do serviço monopolizado "para satisfazer interesses financeiros do Poder Público, numa forma desviante de arrecadação de receita".<sup>51</sup> Mesmo que se admita o lucro das empresas estatais monopolistas — embora não exista "o menor título de racionalidade para esse estímulo"<sup>52</sup> — o lucro desproporcional à média dos custos e da produção é vedado porque abusivo, e abusivo porque arbitrário na exata medida em que se descola da

equação oferta — demanda. Sendo o aumento de lucros "arbitrário", surge em contrariedade à Constituição da República (art. 174, § 4.º) e torna-se ilícito nulificante, isto é, gerador de nulidade para o alcance jurídico dos comportamentos e cláusulas negociais em que se haja consubstanciado (*supra*, n. 2, itens 9, 10). Essa nulidade, já se advertiu (*retro*, n. 2, item 8, *in fine*), as mais das vezes é parcial (*ultra*, neste n. 3, item 17).

17. As figuras jurídicas abuso de direito e abuso de poder nasceram e envolveram respectivamente no sub-sistema de direito público e no sub-sistema de direito privado mas estão em rota de convergência complementar.<sup>53</sup> A autonomia privada — quer dizer, o poder reconhecido e assegurado aos particulares, pelo ordenamento jurídico, para o fim da auto-regulação de suas recíprocas relações pelo intermédio de negócios jurídicos, especialmente por meio de contratos,<sup>54</sup> — é categoria dogmática com abrangência maior do que a liberdade de iniciativa econômica (CF arts. 1.º e 170). Aos juristas atentos à economicidade da sociedade de mercado não escapou todavia o encadernamento poder econômico/autonomia privada; poder de mercado/poder contratual; abuso de poder de mercado/abuso de poder contratual.

Um menos apurado e mais difundido instrumental dogmático, que a seguir será aplicado sem a desejável crítica, vê na autonomia privada essencialmente um "direito subjetivo"<sup>55</sup> e não sem razão leva a nota — com base na interpretação a contrário do art. 160, I, 2.ª parte, do CC — que "constitui ato ilícito o exercício irregular de um direito subjetivo reconhecido". Está aí a semente<sup>56</sup> para todo um tratamento dogmático do abuso de direito que envolve a própria liberdade de iniciativa econômica na medida em que essa, tanto como a autonomia privada, também é concebida como um outro "direito subjetivo".

Daí esta inferência: "constitui ato ilícito o exercício irregular das liberdades de iniciativa e de concorrência (econômicas) constitucionalmente reconhecidas".

O ato jurídico ilícito é recebido negativamente pelo direito objetivo. Ato jurídico praticado ilicitamente dentre outros consectários sancionatórios pode ser atingido pela estatuição de nulidade (CC, arts. 81; 145, II, 1.ª parte, e n. V; todos *ex argumento*). O exercício irregular de um direito é ato jurídico

ilícito. Quando se exercita irregularmente o "direito de praticar um ato jurídico" este ato é ilícito e ordinariamente nulo.<sup>57</sup> O "direito de contratar" é direito a praticar um ato jurídico. Quando se exercita irregularmente o "direito de contratar", pratica-se ato ilícito; portanto o contrato é nulo. Mas a nulidade pode ser total ou parcial (CC, art. 153, 1.ª parte); logo, a nulidade parcial de um contrato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. Enfim: o "direito de contratar" exercido irregularmente constitui um ato ilícito que não prejudicará todo o contrato se a consequência da ilicitude nulificante puder erradicar-se do todo contratual.<sup>58</sup>

Eis sumariamente o raciocínio em que se acomoda a assertiva da ilicitude e consequente nulidade parcial de um contrato em que o exercício irregular (= abuso) do "direito de contratar" não se propagou pela totalidade do ato jurídico.

Sendo parcialmente nulo um ato jurídico ilícito é preciso separar a parte ilícita e expungir-la do todo. Quando o ato é parcialmente nulo porque o exercício irregular do direito de praticá-lo extravasou do limite posto como exercício regular, caso for conveniente salvar o ato (p. ex., um testamento, um contrato), é preciso reduzi-lo à parte lícita. Assim acontece, e.g., na hipótese do art. 1.727 do CC: as disposições testamentárias que excederem da parte lícitamente disponível pelo testador (art. 1.721) serão reduzidas aos limites da parte disponível lícitamente.

A operação de redução do ato jurídico parcialmente contagiado pela ilicitude invalidante faz-se de ordinário mediante sentença desconstitutiva da nulidade, e declaratória negativa da existência dos efeitos que no "mundo fático" se produziram sem jamais poder entrar, em princípio, no "mundo jurídico". Declarada, por decisão jurisdicional (CC, art. 146), a inexistência dos efeitos imputáveis à parte nula do ato jurídico, as consequências fáticas dela provenientes devem ser desfeitas, ou, se isto não for possível, serão os figurantes não culpáveis pela nulidade parcial do ato indenizados com o equivalente (CC, art. 158, segunda parte, *c/c* art. 159).

Há todavia alguma novidade em lançar uma ponte entre os fundamentos, os objetivos, os princípios e os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos

(e.g., nos arts. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 37, 170, 173, 174 e 219) e o abuso de direito, enquanto ato jurídico ilícito, porque a irregularidade de exercício proibida pelo Código Civil — art. 160, I, 2.ª parte — encontra naqueles dados normativos da Constituição da República diversificados critérios para aferir e alicerçar teleologicamente juízos de negação ou exclusão da regularidade que a lei presume *iuris tantum* ao exercício do "direito (subjetivo) reconhecido".

Em matéria negocial o objetivo de solidariedade entre os agentes econômicos na sociedade globalmente considerada é de especial importância. Uma vez reconhecido um direito subjetivo em norma infraconstitucional — no art. 81 do CC, por exemplo, está a sede legal de reconhecimento do "direito subjetivo" (*rectius*: autonomia privada, que também é expressão de poder jurídico, sem ser direito subjetivo) dos particulares para praticar atos jurídicos — o exercício desse direito tem de ser desempenhado não só livre mas também solidariamente (CF, art. 3.º, I, última parte), pena de irregularidade (ou abusividade) e coetânea ilicitude, às vezes nulificante (CC, art. 81 e 145, II, segunda parte, *ex argumento*) do ato ou de parte dele (CC, art. 153, primeira parte); às vezes causadora de reparabilidade das perdas e danos (CC, arts. 159, 1.056 e 1.059-1.061); às vezes provocadora de anulação do ato jurídico ilícito e da indenizabilidade pelos prejuízos da ilicitude derivados (CC, art. 101, §§ 1.º e 2.º). São apenas alguns exemplos.

Aplicada esta construção dogmática ao contrato de fornecimento e à relação jurídica obrigacional irradiada como eficácia nuclear do negócio entre a Petroquímica União S.A. e a Solvay do Brasil S.A., a primeira, ao desrespeitar abusivamente a posição jurídica da segunda — forçando-lhe aumentos arbitrários de lucro no preço da prestação continuada do etileno que monopoliza — incorreu em exercício irregular de seu "direito (*rectius* poder) contratual" e na pertinente ilicitude. Segue deste ponto a nulidade parcial dos atos ilícitos unilaterais da fornecedora, consistentes na elevação artificial de lucros característica ao abuso de poder econômico. Daí segue também que os importes prestados em demasia pela sociedade empresária carente do produto a ela devam ser restituídos e justamente recompostos pela atualização

monetária acrescida dos juros legais (CC, arts. 1.062 e 1.063) Os parâmetros desta restituição poderão ser balizados pela atualização pericial judiciária do contrato de 7.11.68, ao qual houve recondução tácita, ou pela averiguação igualmente efetuada em juízo por meio de instrução probatória que ateste a desproporção dos sucessivos aumentos no preço do produto (*retro*, itens 14, 15, 16), e a cobrança de um percentual sobre os atinentes "encargos financeiros", que excede da média desse setor do mercado. Tudo isso já foi minudenciado *supra*, §§ 2.º e 3.º. No entretanto, o fornecimento continuado do etileno poderá ser assegurado pelo intermédio de uma ação cautelar inominada, na qual convirá pedir também que o preço da mercadoria produtivamente consumida seja depositado em conta remunerada aberta à ordem do juízo (*retro*, n. 2, 10). Dessa maneira, estará prevenida a atendibilidade definitiva à pretensão da litigante vencedora na composição jurisdicional da lide suscitada pelo abuso no exercício de um direito contratual, degenerado em imposição ilícita ou irregular de poder econômico monopolista.<sup>59</sup>

#### 4. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR A RELAÇÃO CONTRATUAL DE FORNECIMENTO ENTRE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS TRANSFORMADORAS DE INSUMOS PETROQUÍMICOS — FUNDAMENTOS DA TESE

18. Merece atenção a possibilidade de submeter a relação jurídica de consumo intermediário — em que figuram, como fornecedora de etileno, a Petroquímica União S.A., e, na posição de receptora daquele insumo, a Solvay do Brasil S.A., — ao regramento introduzido na ordem econômica pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC).

Essa possibilidade não pode ser simplesmente afastada pelo fato de que as atividades desenvolvidas por aquelas sociedades empresárias sejam passíveis de recondução apenas à definição de fornecedor estipulada no art. 3.º da Lei 8.078, de 9.9.90 (CPDC).

É verdade que a Solvay do Brasil S.A. não é "destinatária final" do etileno fornecido,

uma vez que na sua própria atividade não se propõe lançar mercadorias naquela fase do circuito econômico (produção, circulação, consumo) em que um produto ou um serviço são ofertados e adquiridos, ou apenas utilizados, para uma função que não os reintegre àquele circuito econômico. Nesse sentido o CPDC, art. 2.º, emprega a expressão "destinatário final" ao definir "consumidor" para os efeitos da Lei.

Em doutrina encontra-se uma noção precisa da função consumo: "Os economistas definem o consumo como função de satisfação das necessidades. O consumo constituirá a razão última da própria ciência econômica, o termo do ciclo econômico, para o qual se orientam produção e distribuição".<sup>60</sup>

"Ao lado deste conceito de consumo (consumo final), introduz-se um outro de consumo intermédio, como utilização pelas empresas dos bens e serviços necessários para o processo produtivo". (...) Daí que se conclua que o chamado 'consumo intermédio', em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final (*Endverbraucher, Letzverbraucher, ultimate consumer*).<sup>61</sup>

19. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor elaborou-se entretanto em límpida conexão de suas normas com o ordenamento constitucional da economia onde tem assento privilegiado a livre iniciativa, a qual tem por instrumento a livre concorrência — o que, em última análise — designa a espinha dorsal do mercado (*supra* n. 2, 9; n. 3, itens 13, 14, 15). Foram assim co-referenciados — para não dizer, talvez com maior propriedade, interfuncionalizados —, no próprio CPDC, os fundamentos, objetivos e princípios incorporados nos arts. 1.º, IV, segunda parte, 3.º, I e II; 5.º, XXXII, e 170, *caput* e III, IV e V — todos da CF.

Fazendo-se uma interpretação conjunta dos arts. 1.º; 4.º, *caput* e n. III, segunda parte ("compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica"), e 29, do CPDC, é sustentável uma abertura para a tutela dos mecanismos concorrenciais entre fornecedores (CPDC, art. 3.º), pelo intermédio do aparelho normativo (CPDC) articulado especificamente para or-

denar e equilibrar relações jurídicas de consumo final, mas não só para isto.

A repressão dos crimes contra a ordem econômica, contra a ordem tributária e contra as relações de consumo está organicamente regulada pela Lei 8.137, de 27.12.90. A defesa da concorrência contribui para a proteção do consumidor na medida em que esta proteção supõe um quadro geral de funcionamento das regras de concorrência. A proteção do consumidor contribui para a preservação da livre concorrência na medida em que impede a sujeição do agente econômico final às consequências da dominação no mercado da produção e no mercado do consumo.

Num estado democrático de direito, a) a defesa da concorrência garante a liberdade de iniciativa. A proteção do consumidor; b) dificulta a dominação do mercado originada pela eliminação da concorrência livre e assim reforça a liberdade de iniciativa. Estão como que dois lados de uma mesma moeda.

"O nível dos preços, a variedade dos produtos, a sua qualidade, as condições de fornecimento são tendencialmente melhores, sempre que, do lado dos agentes fornecedores, exista um número elevado, ou pelo menos razoável, de empresas que entre si disputem a clientela; assim como, em princípio, a prática de atos de violação de normas consideradas de leal concorrência (a publicidade mentirosa ou a falsa indicação de proveniência, por exemplo) se repercutem negativamente nas possibilidades dum escolha esclarecida pelos compradores utentes".

Eis a letra do CPDC: "Capítulo V, Das Práticas Comerciais, Seção I, Das Disposições Gerais; Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

O Capítulo VI tem por objeto a proteção contratual do consumidor, e, segundo a regra do art. 29, de todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas (arts. 30 *usque* 54).

São resultado de prática contratual abusiva e portanto "nulas de pleno direito" as cláusulas e comportamentos negociais que, nos termos do art. 51, *caput* e n. X, "permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral". E o § 1.º ao art. 51 acrescenta: "A nulidade de uma

cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes".

Na medida em que, por força de comportamentos e cálculos exclusivamente unilaterais, a Petroquímica União S.A. vem praticando aumentos arbitrários de lucros que repercutirão ao longo de toda a cadeia que vai da produção do etileno até o consumo final dos produtos em cuja substância este insumo entra como ingrediente — de toda sorte a representar elevação de preço carreada ao consumidor *stricto sensu* (= destinatário final) — não apenas este último mas também a Solvay do Brasil S.A. estarão interessados e legitimados para arguir a nulidade e justa redução (*supra*, item 17) dos atos unilaterais de aumento desproporcionado no preço do etileno, porque expostos à mesma prática (art. 29) contratual abusiva fulminada de nulidade *pleno iure* (art. 51, *caput*, X, e § 1.º, todos do CPDC).

#### NOTAS

1. Advirta-se desde o início que as duas citadas pessoas jurídicas de direito mercantil, porque são companhias, sujeitam-se à incidência e à aplicação de algumas das mais importantes normas da Lei 6.404, de 15.12.76, a qual passou a disciplinar as sociedades por ações, exalçando-lhes a função social (cf. arts. 116, parágrafo único; 117, *caput* e § 1.º, a, e 154). Esse aspecto será desenvolvido adiante, no § 3.º, 13, deste escrito.

2. Conforme ensinava o grande Emílio Betti, a "configuração por tipos não se realiza, necessariamente, por meio de qualificações técnico-legislativas: ela pode também efetuar-se mediante remessa para as concepções dominantes na consciência social da época, nos vários campos da economia, da técnica e da moral. Parece ser este, efectivamente, o caminho preferível, logo que a necessidade jurídica da autonomia privada se faça sentir numa esfera tão grande que torne inadequadas e insuficientes para lhes esgotar o campo das denominações tradicionais. Então, para o lugar da rígida tipicidade legislativa, baseada num número limitado de denominações, entra uma outra tipicidade, que desempenha também sempre a função de limitar e orientar a autonomia privada, mas que, em comparação com aquela, é muito mais elástica na configuração dos tipos, e, na medida em que se realiza, remetendo para as valorações econômicas ou éticas da consciência social, poderia chamar-se-lhe tipicidade social" (Emílio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, Coimbra, Coimbra Ed., 1969, 1/373-374; cf., na versão original, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1952, 2.ª ed., p. 196).

3. Dentro na classe das prestações duradouras diferenciam-se duas variantes. A primeira delas concerne às prestações continuadas, nas quais o cumprimento ou a possibilidade de cumprimento prolonga-se no tempo, sem solução de continuidade. Assim é a prestação do fornecedor. A segunda variante dentre as prestações duradouras é dada por aquelas prestações chamadas de trato sucessivo ou reiteradas: aqui, os deveres de prestação renovam-se em comportamentos prestacionais sucessivamente individualizáveis ao final de determinados lapsos de tempo consecutivos. Assim são as contraprestações do receptor, que tem o dever de pagar periodicamente pelo bem fornecido sem interrupção.

4. A empresa, segundo a doutrina e a lei italianas, cujas orientações têm prevalecido no Brasil principalmente em razão da autoridade de Tullio Ascarelli, corresponde o conceito de atividade econômica profissionalmente organizada para produzir e trocar em mercado produtos e serviços (v. Tullio Ascarelli, *Lezioni di diritto commerciale*; introduzione, Milano, Giuffrè Ed., 1954, p. 95 usque 101). O aspecto duratividade ressalta.

5. Essa construção foi recentemente reproposta por Oreste Cagnasso, "La somministrazione", in Pietro Rescigno (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, UTET, 1984, 11/402. Em sentido análogo, o clássico Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, Bogotá, Ed. Temis, 1987, 4/95. Na doutrina brasileira v. a orientação superada, mas ainda defendida por Fran Martins, *Obrigações e contratos comerciais*, Rio, Forense, 1984, pp. 170-180, e, criticamente, por Waldfrío Bulgarelli, *Contratos mercantis*, S. Paulo, Ed. Atlas, 1986, pp. 247-250. Parcialmente inatuais estão Ludwig Enneccherus e Heinrich Lehmann, *Derecho de obligaciones*, in L. Enneccherus — T. Kipp — M. Wolff, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Bosch Ed., 1986, § 101, 4, pp. 23-24.

6. Oreste Cagnasso, *La somministrazione*, cit., p. 405.

7. Não sendo destinatária final do produto recebido da fornecedora, a Solvay do Brasil não recai sob a definição do art. 2.º do CPDC, aplicando-se-lhe porém a qualificação técnica de "insumidora" obliquamente legitimada para movimentar os mecanismos de tutela do consumidor *stricto sensu*, por isso que veio a ser colhida pela incidência do art. 29 da Lei 8.078, de 11.9.90 (que instituiu o CPDC) e portanto titulada para acionar a aplicação da nulidade prevista no art. 51, X, daquela Lei. Sobre tal possibilidade, *ultra*, § 4.º.

8. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio, Ed. Borsoi, 3.ª ed., 1972, 40/110, § 4.396. Em seguimento, Alcides Tomasetti Jr., comentário ao art. 6.º da Lei 8.245, de 18.10.91, in Juarez de Oliveira (coord.), *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*, S. Paulo, Saraiva, 1991, pp. 69-77.

9. Alcides Tomasetti Jr., *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*, cit., pp. 69-70 e 74-75.

10. Alcides Tomasetti Jr., *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*, cit., pp. 72-75. Esta indicação prende-se também ao parágrafo seguinte no texto.

11. Passagem da exposição elaborada pelo Dr. Acyr Braga Cavalcanti, diretor jurídico da Solvay do Brasil S.A., particularmente encaminhada ao autor deste parecer.

12. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, S. Paulo, Saraiva, 1980, 15.ª ed., p. 37, assentado em bases jurisprudenciais.

13. A respeito, v. as sempre ótimas anotações de Giuseppe Mirabelli, *Dei contratti in generale*, UTET, Torino, 3.ª ed., 1980, pp. 271-281, e a concisão de Renato Scognamiglio, *Contratti in generale*, Milano, Cas. Ed. Francesco Vallardi, 1966, pp. 178-180.

14. Orlando Gomes, *Contratos*, Rio, Forense, 9.ª ed., 1983, n. 89, p. 143.

15. Idem, ob. cit. n. 216, p. 314.

16. Jacques Azema, *La durée des contrats successifs*, Paris, LGDJ, 1969, n. 288, p. 218.

17. Idem, *ibidem*.

18. Entenda-se por base objetiva do negócio "el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido" (Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1956, p. 225).

19. Alcides Tomasetti Jr., *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*, cit., p. 76, em seqüência a Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, S. Paulo, (s.e.), 1986, pp. 210-211.

20. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, S. Paulo, Ed. RT, 4.ª ed., 1974, v. 3/101-102, § 269, 5, 6.

21. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., pp. 211-212.

22. Michel Vasseur, "Il rilancio del contratto", in Stefano Rodotà (coord.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Soc., ed. Il Mulino, 1971, p. 259.

23. No sentido prevalecente na área do direito administrativo monopólio significa "a exclusividade de domínio, exploração ou utilização de determinado bem, serviço ou atividade. Característica do monopólio é a privatividade de algum direito ou de alguma atividade para alguém. Monopólio estatal é a reserva para o Poder Público de determinado setor do domínio econômico. (...) Em sentido econômico, monopólio significa controle da produção e de preços na sua acepção mais ampla. É o poder de atuar com exclusividade no mercado, como único vendedor. É a exclusão da concorrência e a imposição do preço pela vontade unilateral do vendedor único" (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, S. Paulo, Ed. RT, 16.ª ed., 1991, p. 538). V. *infra*, n. 3, itens 13, 14, 15 e 16.

24. Washington Peluso Albino de Souza, *Direito econômico*, S. Paulo, Saraiva, 1980, n. 192, p. 417.

25. Idem, *ibidem*.

26. "Em termos jurídicos clássicos, (...) o que define a importância desta situação é a adoção do instrumento do contrato para consagrar o tipo de relações postas em prática. E, de tal modo se torna

significativa e grata aos tradicionalistas, esta posição, que passou a traduzir-se por economia contratual. Sua principal característica é a substituição das medidas de regulamentação governamental e unilaterais por meio de acordos e contratos" (Washington Peluso Albino de Souza, *Direito econômico*, cit., n. 192, p. 422).

27. Em escrito anterior à Constituição Federal de 1988, Roberto Campos deixou claramente exposta a "extraordinária importância que se observa entre intervencionismo estatal e a propensão inflacionista. (...) É que, paradoxalmente, o setor estatal é o mais rebelde face a diretrizes estatais desinflationárias (...). Consideram-se intérpretes do interesse público, tanto ou mais que as autoridades monetárias. (...) Operando na maioria das vezes em setores de base, podem sempre ameaçar paralisar a economia do país; ou então, apelar para a 'segurança nacional', guardachuva conceitual que oculta o fato de que inexistente maior perigo para a segurança nacional do que o conflito social gerado pela inflação" (cf. Roberto Campos, "Anatomia do estatismo", in *Além do cotidiano*, Rio, Ed. Record, 2.ª ed., 1985, pp. 15-16).

28. Explica Nelson Nery Jr. que o âmbito da expressão conceitual *due process of law* "não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, a sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo" (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 31). Mais além, o talentoso professor da Faculdade de Direito da PUC-SP oportunamente registra: "Já em 1798, no caso Calder v. Bull, antes portanto do famoso caso Marbury v. Madison (1803), que marcou o início da doutrina do *judicial review*, a Suprema Corte americana, pelo voto de Chase, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo poder judiciário" (Nelson Nery Jr., ob. cit., p. 34, nota 21).

29. O regramento jurídico da economia em última análise encontra sua justificativa na preservação da escala axiológica que dá sentido a expressões como "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (CR, art. 1.º, III, e art. 170, *caput*); solidariedade social (art. 3.º, I); "existência digna" (art. 1.º, II, e 170, *caput*); "justiça social" (art. 170, *caput*).

30. Miguel Reale, *Aplicações da Constituição de 1988*, Rio, Forense, 1990, p. 43. Aquela síntese exercitada no texto vem precedida desta outra lição: "Pois bem, uma coisa é a livre iniciativa e outra a livre concorrência. Aquela constitui um princípio geral, vinculado à idéia de pessoa, tanto assim que, como já assinala, é apresentada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tal como se acha salientado logo no n. IV do art. 1.º da Carta Magna, artigo esse que, em virtude do título

a que se subordina 'Dos princípios fundamentais', constitui o preâmbulo axiológico de todo o texto constitucional. Já a livre concorrência é um conceito econômico destinado a explicitar o sentido e o alcance da livre iniciativa na esfera econômica. Por outras palavras, a livre concorrência é um princípio instrumental (...)" (Miguel Reale, ob. cit., pp. 42-43, grifos originais e não originais).

31. Alcides Tomasetti Jr., *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*, cit., p. 23, com apoio na já citada concepção do magistral Tullio Ascarelli (*supra*, nota 4), que também pode ser lida na tradução espanhola, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona, Colegio Real de España en Bolonia — Bosch Cas. ed., 1964, p. 139 usque 169.

32. Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, cit., p. 326.

33. A relação obrigacional duradoura (*Dauerschuldverhältnis*) exige um grau bastante elevado de confiança recíproca, no que se diferencia daquelas que se exaurem num só vínculo imediatamente esgotável quanto aos deveres de prestação e contraprestação (por exemplo, a compra e venda de um maço de cigarros). Sem que se precise chegar à noção que depois se abandonou ("relações comunitárias pessoais"), nas relações obrigacionais a longo prazo — como é a relação contratual de fornecimento que está no concreto objeto deste escrito — verifica-se uma tensão permanente de credibilidade e de lealdade mútuas que está enraizada no nexo normativo a modo de não se compadecer com instabilizações unilaterais por parte de qualquer um dos figurantes (v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 544).

34. José Cretella Júnior, *Administração indireta brasileira*, Rio, Forense, 1980, p. 231.

35. "Art. 170. As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1.º. Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica. § 2.º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações".

36. Washington Peluso Albino de Souza, *Direito econômico*, cit., n. 172, pp. 335-339. Ao analisar a ideologia que se poderia extrair pela interpretação jurídica da constituição econômica embutida na lei fundamental outorgada em 1969, o mestre do direito econômico brasileiro ressaltava o sentido neo-liberal do texto normativo, contrapondo-o, mais ou abertamente, à pragmática abjeta do estatismo fisiológico. Sob esta ótica parece que deva ser lida a citação ubicada pela nota subsequente.

37. Washington Peluso Albino de Souza, *Direito econômico*, cit., n. 172, p. 335.

38. Washington Peluso Albino de Souza, *Direito econômico*, cit., n. 172, pp. 337-338.

39. Idem, ob. e loc. cit.

40. Erós Roberto Grau, *Elementos de direito econômico*, S. Paulo, Ed. RT, 1981, p. 110.

41. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "Lei de defesa da concorrência; origem histórica e base constitucional", in *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA*, Salvador, (s.e.), jul.1991/jun.1992, n. 2, p. 65-74. A citação é da p. 74. Neste texto o autor aborda a Lei 8.158, de 8.1.91, promulgada efetivamente de acordo com a ideologia da Carta de 1988.

42. Werter Faria, *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1990, p. 40.

43. Werter Faria, *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*, cit., p. 142.

44. "De fato, para que o lucro se torne inconstitucional, cumpre que ele resulte numa situação sobre a qual o detentor do meio de produção possui uma situação de força. É arbitrário, portanto, todo aumento de lucratividade que decorra de uma decisão empresarial, aproveitando-se de uma situação objetiva de mercado distorcido, que não faça corresponder a este aumento uma queda nas vendas. Isto ocorre na situação de monopólio. De fato, sendo único o fornecedor, as leis de mercado deixam de operar e o aumento dos preços tornar-se-á impositivo ao adquirente, por falta de alternativas. (...) O reprimido pela Constituição e pela lei é o aumento da lucratividade a que não corresponda um proporcional acréscimo nas vendas" (Celso Ribeiro Bastos, *Comentários ao art. 173, § 4.º*, in Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, S. Paulo, Saraiva, 1990, 7/101-102; grifos não originais).

45. Em conformidade estrita à ordenação constitucional da economia, a Lei 8.158/91, institui normas para a defesa da concorrência que estão em vigor *a pari* com a obsoleta Lei 4.137/62. O texto legal de 1991 fulmina com a ilicitude constitucionalmente anunciada (art. 173, § 4.º) "ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados" (Lei 8.158/91, art. 3.º, *caput*). Como observara Celso Ribeiro Bastos, "a Lei 4.137/62 andou mal ao restringir a repressão ao monopólio natural ou de fato... Com igual dose de razão o monopólio de direito ou legal também não pode ensejar o aumento arbitrário de lucros" (*Comentários à Constituição do Brasil*, cit., 7/102). O diploma editado a 8.1.91 amoldou-se à inteligência preconizada pelo influente constitucionalista: "Afigura-se mais correto entender-se que este monopólio (de direito ou legal) também está incurso na redação da modalidade de abuso de poder econômico, ora estudada" (ob. e loc. cit.).

46. Fábio Konder Comparato, *A reforma da empresa*, in *Direito empresarial*, S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 12. Os trechos postos entre colchetes transcrevem as normas da Constituição em vigor correspondentes aos arts. 170, § 1.º, e 163, da lei constitucional revogada, à qual se reportava o jurista no texto original.

47. *Idem*, *ibidem*.

48. *Idem*, ob. e loc. cit., p. 13.

49. "Uma vez admitida a forma de atuação empresarial-lucrativa, configura-se o capitalismo de Estado. Ao contrário, nas formas neoliberais, pouco definidas, depara-se com a impossibilidade de qualquer pretensão lucrativa, nas áreas rentáveis como na atuação sob a forma de monopólio. O exemplo brasileiro típico está na Petrobrás, criada sob o argumento de problemas de segurança nacional e que recebeu seguidamente orientação no sentido lucrativo, a partir de atuação monopolista, chegando a figurar nas listas das grandes empresas mundiais em relação ao lucro" (Washington Peluso Albino de Souza, *Direito econômico*, cit. n. 148, pp. 287-288).

50. A imoralidade do lucro das empresas estatais monopolistas bate o ponto da repugnância — e nisto concordam opostas ideologias — quando se pensa que o monopólio, dissecado pela utensilagem da ciência econômica escolarmente dominante, é pró-digo para com os ineficientes. Uma vez que não existe concorrência os monopólios estatais brasileiros soem gostosamente relaxar os seus controles de custos "empresariais" e os recursos disponíveis são abusivamente dissipados. "A ineficiência técnica das indústrias monopolistas, porém, é um custo muito importante para a sociedade, e não deveria ser esquecida. (...) O monopolista vende uma produção menor do que a produção perfeitamente competitiva, e a um preço maior". Ou seja: à ineficiência técnica soma-se a ineficiência alocativa (Paul Wonnacot — Ronald Wonnacot — Yeda Rorato Crusius e Carlos Augusto Crusius, *Introdução à economia*, S. Paulo, McGraw Hill, 1985, pp. 396-398).

51. É decididamente irresponsável este *approach* de Fábio Konder Comparato, já identificado *retro*, nota 47.

52. Fábio Konder Comparato, *A reforma da empresa*, cit., p. 14.

53. Miguel Reale, "Abuso de poder econômico e garantias individuais", in *Questões de direito*, S. Paulo, Sugestões Literárias, 1981, p. 42; v. nota 54.

54. O conceito de autonomia privada reproduzido acima está em Karl Larenz, *Derecho civil, parte general*, Ed. Revista de derecho privado — EDESA, Madrid-Caracas, 1978, p. 55.

55. "Essa crescente correlação de dois conceitos verificou-se em virtude da alteração operada na estrutura da nova sociedade industrial, onde o Estado passa cada vez mais a exercer funções de empresário e, de outro lado, grandes empresas privadas, quer através de monopólios, quer graças a entendimentos oligopolísticos, realizam tão poderosas concentrações de capital que o exercício de direitos subjetivos se converte, na realidade, em exercício de poder econômico com características antes inexistentes" (Miguel Reale, "Abuso de poder econômico e garantias individuais", cit., p. 42, grifos originais e não originais).

56. "Estatue o art. 160, I, que não constitui acto ilícito o praticado no exercício regular de um direito. *A contrario sensu*, o praticado em exercício não regular de um direito, é ilícito. Eis aí a cominação do abuso de direito" (Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Rio, Ed.

Rio, 1979, 1/431-422, anotação 6 ao art. 160). "A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo quando contrário ao destino econômico e moral do direito, em geral" (Clóvis Beviláqua, ob. cit., pp. 433-434; grifos não originais).

57. Sobre o abuso de direito na teoria geral do contrato escreveu Darcy Bessone: "De ordinário, o abuso do direito consiste na indenização dos prejuízos que dele resulta. Pode, porém, excepcionalmente, consistir na nulidade do ato abusivo, na recusa de proteção a quem o pratique ou, por fim, na reforma do ato, substituindo-o por outro mais correto (...)" (cf. Darcy Bessone, *Do contrato, teoria geral*, Rio, Forense, 1987, n. 152, p. 311; grifos não originais).

58. Alex Jacquemin e Guy Schrans, em seu opúsculo já clássico, *O direito econômico*, Lisboa, Ed. Vega, (s.d.), pp. 127-128, informam certamente a respeito: "Na maioria dos casos, a lei não indica expressamente que o contrato ilícito é nulo: o juiz não poderá pronunciar-se pela nulidade senão quando aplica as regras gerais do direito das obrigações. Mas como deverá fazer esta sanção? O problema aparece nitidamente no caso de venda a preço ilícito. Se a lei francesa relativa a este delito não declara explicitamente a nulidade, que deve fazer o juiz em presença da reclamação do comprador que pagou tal preço? Declarar o contrato nulo de nulidade absoluta, impugnável por qualquer das partes, e levando a uma dupla restituição do preço e do bem fornecido? Ou simplesmente, reduzir o preço ao montante lícito e ordenar, se o preço ilícito foi pago, a restituição da diferença?"

(...) A ordem pública econômica, escreve o decano Savatier, é mais 'oportunista'; é alérgica às regras clássicas das nulidades, e muitos tribunais de apelação sentem que é preferível a modificação do preço à supressão da venda" (grifos não originais). Diversamente do direito francês, o Código Civil Brasileiro tem a regra explícita do art. 153, primeira parte, de modo que a solução tem de ser, *a fortiori*, a mesma.

59. "Concebido, assim, o abuso de direito, resulta uma fórmula abstrata e geral, capaz de abranger todas as modalidades que se apresentem ao juiz. Então, reprimirá o exercício do direito com intenção de prejudicar, ou com culpa grave, equiparável ao dolo, ou por não haver sido escolhida a melhor maneira de usá-lo, por falta de interesse legítimo, ou por contrariar interesses gerais preponderantes, pela mesma consideração de teleologia social: em qualquer desses casos, a prerrogativa foi desviada de sua finalidade social, foi usado antifuncionalmente. Então, a nova concepção erige-se em princípio supremo, destinado a presidir ao exercício dos direitos" (Darcy Bessone, *Do contrato, teoria geral*, cit., n. 144, pp. 297-298).

60. Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Liv. Almedina, 1982, pp. 204-215.

61. Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, cit., p. 204; a passagem reproduzida a seguir, entre aspas, no corpo do texto, encontra-se no ótimo livro do juriconsulto português referido nesta nota e na anterior.