

PAULA A. FORGIONI

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

Prefácio
NATALINO IRTI

3ª edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Analistas Editoriais: André Furtado de Oliveira e Karolina de Albuquerque Araújo

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patricia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thais Rodrigues Sampaio

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecília Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Beatriz Brandão Belo Bicker, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação da capa: Brenno Stolagli Teixeira

Controle de qualidade da diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Forgioni, Paula A.

Contratos empresariais : teoria geral e aplicação / Paula A. Forgoni ; prefácio Natalino Irti. -- 3. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

Bibliografia.

ISBN 978-85-549-4774-3

1. Contratos - Brasil 2. Direito empresarial - Brasil I. Irti, Natalino. II. Título.

18-14919

CDU-347.74:338.93(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos empresariais: Direito empresarial 347.74:338.93(81)

PAULA A. FORGIONI

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

Prefácio
NATALINO IRTI

3ª edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

PAULA A. FORGIONI

Prefácio: NATALINO IRTI

3.^a edição revista, atualizada e ampliada

1.^a edição: 2015; 2.^a edição: 2016.

© desta edição [2018]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Central de Relacionamento RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso *site*: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [05-2018]

Profissional

Fechamento desta edição: [04.04.2018]



ISBN 978-85-549-4774-3

FORMAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

SUMÁRIO: 3.1 Introdução. Peculiaridades da formação dos contratos empresariais – 3.2 A seleção do parceiro – 3.3 A seleção dos advogados. Riscos empresariais e *hindsight effect* – 3.4 O processo de negociação – 3.5 Os documentos produzidos na fase de negociação – 3.6 Responsabilidade pela ruptura das negociações – 3.7 A redação dos instrumentos do contrato – 3.8 O momento da vinculação – 3.9 Operação econômica, negócio jurídico e contratos empresariais. A arquitetura jurídica do negócio – 3.10 O nome dos contratos – 3.11 Cláusulas contratuais – 3.12 Disposições finais, cláusulas de estilo ou “boilerplate clauses” – 3.13 Omissões e dubiedades propositais – 3.14 O momento da assinatura. O início da vida do contrato.

3.1 Introdução. Peculiaridades da formação dos contratos empresariais

Os contratos empresariais são aqueles celebrados entre empresas, i.e., nos quais todos os polos têm sua existência moldada e condicionada pela busca do lucro. Essa característica imprime *dinâmica peculiar* a esses negócios, apartando-os daqueles celebrados com consumidores, com o Estado, com empregados etc. Na avença mercantil, todas as partes visam ao lucro e são presumidos agentes econômicos racionais, nos clássicos padrões dos comerciantes ativos e probos, costumados ao giro mercantil.

Também em seu processo de *formação*, os contratos empresariais assumem dinâmica especial, por conta da profissionalidade de ambas as partes.

3.2 A seleção do parceiro

A confiança – e sua preservação – são fundamentais para o adequado fluxo de relações econômicas. A confiança, ligada à tutela da boa-fé e da proteção das legítimas expectativas, atua como fator de *redução de custos nas transações econômicas*, pois poupa os contratantes de maiores dispêndios na seleção de seus parceiros comerciais.

Não há contrato comercial que consiga impedir o inadimplemento ou que resista à má-fé. Nem o mais competente advogado logra, com a redação do instrumento contratual, coibir a parte mal-intencionada de descumprir a palavra empenhada. É capaz, no máximo, de prever situações, estabelecer sanções fortes, promover execuções específicas e buscar indenizações; jamais

poderá autorizar seu cliente a fazer justiça com as próprias mãos. Tudo há sempre de passar pelo crivo do Poder Judiciário ou pela arbitragem e, caso haja recusa do cumprimento da sentença, será necessário promover sua execução.

Ainda que uma parte tome todas as cautelas necessárias ao longo do processo negocial, “não se pode fechar a porta do fórum”. Desprovidas de qualquer razão, muitas empresas, para procrastinar o cumprimento de seus deveres, propõem ações sem “forma nem figura de juízo”, no jargão dos advogados.

O ordenamento jurídico coíbe esse tipo de comportamento, procura desestimulá-lo. Todavia, não consegue impedi-lo, pois a ninguém é permitido afastar da apreciação do Judiciário alegações de lesão ou de ameaça a direitos [cf. art. 5.º, XXXV, da CF/1988]. A parte ganha tempo – e isso, ainda que configure abuso do direito de demanda –, pode mostrar-se economicamente interessante. Em contratos complexos, os limites dos comportamentos lícitos e ilícitos acabam difíceis de serem identificados; há zonas cinzentas, bem exploradas nas teses de habilidosos advogados, que tornam difícil a condenação dos agentes econômicos por abuso do direito de demanda.¹

Exemplo: o presidente de tradicional curtume paulista, sucessor de seu pai no comando dos negócios familiares, pretendia arrendar dois estabelecimentos fabris para dois diversos locatários [A e B]. Os modelos contratuais a serem empregados eram quase idênticos, atendidas as peculiaridades de cada negócio. Com o controle da empresa, o jovem havia herdado o mesmo advogado de seu pai, de quem recebeu um conselho: celebrar o contrato apenas com a empresa A e não com B. Baseado em sua experiência e na reputação de ambas, o advogado concluiu que A estava disposta a cumprir o negócio, enquanto B não pensaria duas vezes em deixar de pagar o aluguel avençado diante de qualquer percalço. O rapaz, ansioso por assegurar entradas mensais e constantes que garantissem seu fluxo de caixa, não seguiu a recomendação.

O resultado é fácil de ser deduzido: A cumpriu o contrato. Quanto a B, houve longuíssima disputa judicial para haver os aluguéis devidos e o despejo; B, dentro e fora dos autos, criou todo entrave possível para atrasar a devolução do imóvel, bastante danificado, aliás.

1. No Brasil, a condenação da empresa por abuso do direito de demanda é rara, embora não inviável. Nos últimos anos, a matéria tem encontrado espaço para discussão em virtude de decisões proferidas no âmbito do direito concorrencial pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Foram condenados por infração à ordem econômica vários entes que se valeram de ações judiciais infundadas para levantar entraves desleais à atuação de competidores. São as chamadas condenações por “sham litigation”.

O primeiro passo para o sucesso do contrato é a escolha do parceiro. Os economistas destacam os custos de transação envolvidos na busca da contraparte e a importância da reputação dos agentes. O direito comercial debruça-se sobre os mesmos temas, visando a oferecer meios para que a empresa proteja sua reputação no mercado. Além dos princípios gerais da tutela da boa-fé, da confiança etc., há regras específicas com a mesma função sistêmica, p. ex., os incisos I e II do art. 195 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 [que capitulam como crime de concorrência desleal o denegrimto da imagem de concorrente e a divulgação de falsa informação]² e o art. 52 do Código Civil, que protege a reputação das pessoas jurídicas.

3.3 A seleção dos advogados. Riscos empresariais e *hindsight effect*

Negócios complexos costumam ser assistidos por advogados, sejam internos das empresas, sejam externos. Advogados internos costumam ser empregados e manter vínculo de subordinação com a parte; os externos exercem a advocacia individual ou, mais comum, vinculam-se a pequenos ou grandes escritórios. Há bancas que reúnem centenas de profissionais, assumindo estrutura empresarial; alguns chegam mesmo a ser “filiais” ou “coligados” de grandes firmas estrangeiras [*law firms*].

Como em qualquer setor, há profissionais competentes e outros nem tanto; alguns são mais famosos e experientes e cobram mais por seus serviços. Certos escritórios têm alta remuneração, pois imprimem sua “grife” aos negócios dos quais participam.

A escolha do advogado pela parte decorre da ponderação entre custo e benefício. Isso não significa que os advogados ou escritórios famosos e caros sejam melhores ou imunes a erros. Tampouco que um jovem advogado, com honorários mais modestos, não seja brilhante. A empresa, conforme o perfil, capacidade econômica e importância do negócio, optará por profissional mais ou menos experiente, conservador ou arrojado.

Do ponto de vista jurídico, a responsabilidade dos advogados é ligada à assunção de *obrigação de meios* e não de resultados. O profissional somente responderá por eventuais danos sofridos pelo cliente se agir com culpa – situação que, no caso da advocacia empresarial, mostra-se difícil de se caracterizar e comprovar.

2. *In verbis*: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I – publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II – presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem [...]”.

No mundo ideal, os instrumentos contratuais seriam perfeitos, sem lacunas e preveriam soluções para todas as contingências que se apresentassem às partes. Todavia, essa ilusão de completude não costuma sustentar-se; muitas cláusulas são confusas, com redação canhestra.

A redação dos contratos é resultado de processo de barganha; reduz-se a escrito o que foi possível naquele determinado contexto. As partes anseiam pelo contrato e evitam lançar obstáculos durante a negociação que poderiam, no limite, abortar a operação econômica. Esquivam-se de “adiantar o problema”, deixando lacuna veladamente proposital ou empregando palavras ambíguas.

De qualquer forma, *a lacuna ou a redação confusa são riscos assumidos pelas partes*. Se o contrato não contempla determinada hipótese, se sua redação é falha, o risco é das partes, que devem arcar com as consequências de suas opções estratégicas. Cabe à parte suportar eventuais prejuízos decorrentes da falta de posicionamento sobre questões futuras, durante o processo negocial. Na esteira da antiga regra de hermenêutica: “à parte deve ser atribuída a consequência de não ter se expressado melhor”. *A assunção de riscos, inclusive os jurídicos, faz parte da atividade empresarial.*³

3.4 O processo de negociação

Chamado de fase pré-negocial, é o período de aproximação das partes e de barganha de suas posições.⁴ Regra geral, caracteriza-se por *elevado grau de otimismo* das partes. Se ambas visam à realização do negócio, pode-se presumir que o enxergam como vantajoso, ou seja, que, no futuro, estarão melhor com o contrato do que sem ele.

O *excessivo otimismo* do agente tem sido objeto de estudos por parte da economia comportamental e mostra-se importante para a compreensão jurídica dos vínculos que se estabelecem entre as partes. Trata-se de traço constante do comportamento humano, pois a maioria das pessoas tende a pensar que

3. A exceção a essa regra é a *excessiva onerosidade*, ou seja, a hipótese prevista no art. 478 do Código Civil, quando, posteriormente à celebração do contrato de longa duração, verificar-se a ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, que não poderiam ter sido razoavelmente antecipados, no momento da contratação, pelo agente econômico ativo e probo, habituado àquele mercado. À parte não deve ser imputado o risco de não ter previsto o imprevisível, sob pena de serem despropositadamente aumentados os custos de transação.

4. As empresas podem ou não estar assistidas por seus advogados. Não são poucos os administradores que preferem movimentar-se livremente, sem ter por perto profissionais que tendem a adverti-los dos riscos de seu comportamento.

acontecimentos ruins revelam menor probabilidade de acontecer com elas próprias do que com os outros.⁵

3.5 Os documentos produzidos na fase de negociação

Na fase negocial, o afã de vinculação das partes pode levá-las à assinatura de documentos, denominados pré-contratos, acordos preliminares, memorando de entendimentos [*memorandum of understanding* – MOU], *letter of intent*, *gentleman's agreements* etc.⁶

Pretende-se que, em negociações complexas, as partes escrevam os pontos sobre os quais acordaram e sigam adiante, deixando aquelas questões para trás. Ao revestir os acordos pontuais de formalidade, assinando vários papéis, de alguma forma, as empresas percebem-se mais comprometidas com o processo negocial.

Duas ordens de problemas se colocam quanto aos pré-contratos: [i] a possibilidade de sua execução específica e [ii] o eventual dever de indenizar caso o contrato principal não seja celebrado.

No sistema brasileiro, a possibilidade de execução específica dessas “obrigações” assumidas na fase pré-contratual é reduzida, pois, no mais das vezes, a parte recalcitrante não acabará coagida a celebrar o contrato definitivo.

Isso não implica que inexista a proteção à boa-fé na fase de negociações. A doutrina e a jurisprudência brasileiras dominantes entendem que o art. 422 do Código Civil impõe a conduta conforme a boa-fé na fase negocial, embora esse dever não esteja escrito no texto legal: “Os contratantes são obrigados a guardar [...] na conclusão do contrato os princípios de probidade e boa-fé”.

A dificuldade de executar esses “acordos” não quer dizer que, no Brasil, não se respeitem contratos, como muitos divulgam. A linha adotada por nosso ordenamento é bastante clara: *buscar o respeito à palavra empenhada é diverso de*

5. “A common feature of human behavior is overoptimism: People tend to think that bad events are far less likely to happen to them than to others. Thus, most people think that their probability of a bad outcome is far less than others’ probability, although of course this cannot be true for more than half the population” [CHRISTINE JOLLS, CASS R. SUNSTEIN, and RICHARD THALER, *A behavioral approach to law and economics*, Disponível em: [https://www.academia.edu/5341053/A_Behavioral_Approach_to_Law_and_Economics]].

6. Sobre a fase pré-contratual, v. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, 93 e s. V. as excelentes obras de CRISTIANO DE SOUZA ZANETTI, *Responsabilidade pela ruptura das negociações* e KARINA NUNES FRITZ, *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*.

obrigar a parte àquilo que não contratou e não quis contratar. Eis o fundamento axiológico dos arts. 462 e 463 do Código Civil. *Uma coisa é obrigar a pessoa a fazer o que prometeu, outra, bem diversa, é ir além e obrigá-la a fazer algo a que não se vinculou.*

Merece referência antigo julgado do Supremo Tribunal Federal, até hoje lembrado pela doutrina e pela jurisprudência. A questão discutida relacionava-se a acordo que acertara a futura compra do controle, pelo grupo Pão de Açúcar, de sociedade anônima do ramo de supermercado [conhecida como “Disco”]. O texto do instrumento exprimia o consenso sobre a *coisa* a ser vendida/adquirida [ações que garantiam o controle] e o *preço* que seria pago. Estariam presentes todos os requisitos necessários [*essentialia negotii*] à existência do contrato de compra e venda?

À época, dispunha o art. 639 do Código de Processo Civil: “Art. 639. Se a aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.⁷

Tornou-se célebre o debate entre o Ministro MOREIRA ALVES e o FÁBIO KONDER COMPARATO em torno daquela controvérsia. No entender de COMPARATO, o negócio era de natureza civil e os elementos acordados seriam suficientes para garantir sua existência. Na sua visão, os contratos são obrigatórios quando houver acordo entre seus *elementos essenciais*. Para MOREIRA ALVES – em tese que se sagrou vencedora – não se poderia dar execução específica ao acordo, porque isso implicaria transferir para o juiz aspectos negociais:

“[N]ão [pode] o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende do futuro entendimento e de valoração de dados ainda não colhidos. Se assim se fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o

7. Era preciso definir se o negócio de compra e venda de controle acionário assumia natureza civil ou comercial. Na primeira hipótese, estariam presentes os *elementos essenciais* a esse tipo de contrato, ou seja, *coisa*, *preço* e *consenso* bastariam para obrigar à celebração do negócio definitivo. Na segunda, nos termos do art. 191 do Código Comercial, seria necessário também que as partes houvessem acordado sobre “as demais condições do negócio”. Como havia questões ainda em aberto a negociar, a conclusão por uma ou outra hipótese levaria a resultados opostos quanto à admissibilidade de execução específica. Ademais, debatia-se a correta interpretação do art. 126 do Código Comercial: os acordos mercantis seriam reputados perfeitos e acabados quando as partes concordassem seus *elementos essenciais* ou, ao contrário, seria necessário também o acordo sobre questões ancilares? Obs.: O art. 639 estava revogado pela Lei 11.232/2005. Não possui equivalentes no CPC 2015.

que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das Partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declaração de vontade que elas não fizeram”.⁸

Todavia, mesmo para COMPARATO, o contrato preliminar apenas pode obrigar à contratação definitiva se encerrar consenso sobre todos os *elementos essenciais* à sua existência ou, pelo menos, for acordada a “determinabilidade dos seus elementos essenciais”.⁹

Assim não fosse e dar-se-ia ao julgador o poder de negociar pela parte – o que é repellido por nosso direito positivo e por nossa tradição. “Não se admite, em nosso sistema jurídico, [...] que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo”.¹⁰

Em conclusão, a disciplina imposta pelos arts. 462 e 463 do Código Civil formata-se à lógica própria ao direito comercial; as críticas que lhe têm sido deferidas não parecem ter muito fundamento.

Obrigar as empresas a aceitar termos contratuais impostos por terceiros andaria a favor do interesse geral do comércio, do tráfico mercantil? Em nossa ordem jurídica, a resposta é *negativa*. Os acordos pré-contratuais podem ser relevantes do ponto de vista moral, e até mesmo auxiliar o bom andamento das negociações. Porém, sua execução específica, de forma a obrigar à celebração a parte que desiste do negócio, é bastante difícil.

3.6 Responsabilidade pela ruptura das negociações

Nos últimos anos, por força da difusão da posição alemã, tem-se considerado que a ruptura abrupta e injustificada das negociações dá ensejo ao dever de indenizar a outra parte, por quebra do dever de boa-fé e de lealdade que deve presidir as relações interempresariais.

Em que pese algum exagero jurisprudencial, a regra geral, bem posta pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é que a indenização apenas se justifica se houver inequívoco aviltamento da boa-fé objetiva. Desistir das negociações é uma *faculdade* da empresa, que se desdobra do princípio da liberdade de iniciativa econômica, do direito de contratar ou não contratar.

8. Recurso Extraordinário 88.716, julgado em 11 de setembro de 1979 [RTJ 92:250].

9. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, 244.

10. Do referido voto do Ministro MOREIRA ALVES.

“Negociações preliminares [...] não vinculam as partes e [...] só ensejam indenização pelo rompimento no caso de violação a dever de lealdade e correção”.¹¹

Deve-se ver com bastante cautela a posição de alguns julgados do STJ que, acreditando dar guarida ao princípio da boa-fé, acabam por neutralizar os percalços inerentes às negociações empresariais, privilegiando o agente econômico que apenas não conseguiu realizar o negócio que pretendia. Colocar excessivas barreiras e aumentar os riscos das negociações acaba por desestimular a celebração de contratos, prejudicando o tráfico mercantil.

Quando entram em negociação, as empresas têm ciência de que o contrato não será necessariamente celebrado e, nesse contexto, podem estipular penalidade pela ruptura da aproximação. Contudo, para não afugentar o parceiro comercial, não se costuma propor esse tipo de estratégia, o que implica assunção do risco da não contratação definitiva.

A correção posterior, pelo julgador, da ausência de cláusula expressa de penalização pelo corte das tratativas pode mostrar-se inadequada do ponto de vista sistêmico. Certa malícia nas negociações é inerente ao tráfico mercantil. “O *dolus bonus* é aceito e admitido pelo direito contratual”, lembra o TJSP.¹² Cabe ao agente econômico contra ele acautelá-lo, se entender necessário e conveniente.

3.7 A redação dos instrumentos do contrato

Quando as partes entendem que o negócio está amadurecido, os advogados são chamados a redigir os instrumentos contratuais. Seu grau de conhecimento do negócio e das atividades é bastante variável e depende da familiaridade com a parte, com o negócio específico e com o setor econômico envolvido. Em contratos complexos, não é incomum que o redator coloque-se como consultor externo, apartando-se do “setor operacional” da empresa. Esse fato

11. Apelação n. 994.09.339794-0, julgada em 8 de abril de 2010, com relatoria do Desembargador ENIO ZULIANI. No mesmo sentido: “Sem dúvida que a fase de debates ou negociações preliminares não vincula os participantes quanto à celebração do contrato definitivo; todavia, é necessário verificar, caso a caso, se as partes agiram nessa fase em concordância com o princípio da boa-fé objetiva, relacionada com os deveres anexos de cuidado, colaboração, informação, confiança, lealdade, razoabilidade e equidade” [Apelação n. 9191408-83.2007.8.26.0000, julgada em 2 de outubro de 2013 pelo TJSP, com relatoria do Des. PEDRO DE ALCANTARA DA SILVA LEME FILHO].

12. Apelação n. 994.09.339794-0, julgada em 8 de abril de 2010, com relatoria do Desembargador ENIO ZULIANI.

influencia a compreensão e interpretação dos contratos modernos: *não raro, os instrumentos são redigidos por profissionais não familiarizados com aquele mercado ou com a dimensão técnica do negócio.*

A corporificação do negócio em um documento pode significar um “instrument de l’affirmation solennelle d’une volonté de coopération. La lecture des exposés des motifs, préalables à beaucoup de conventions ou protocoles de partenariat, est à cet égard tout à fait édifiante. Leur but est clairement de s’efforcer de faire naître un climat de confiance entre les futurs partenaires”.¹³

3.8 O momento da vinculação

O Código Civil, aplicável aos contratos empresariais, disciplina o momento da sua formação com base no encontro entre a proposta e a aceitação, de forma a garantir o *consenso* ao redor daquilo que ficou ajustado. Regra geral, “[a] proposta de contrato obriga o proponente”, salvo se o contrário puder ser deduzido de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso [art. 427]. Havendo aceitação, considera-se celebrado o contrato no local em que foi proposto [art. 435].

A importância dessa disciplina diz respeito ao *momento da vinculação*, ao instante a partir do qual se pode considerar que as empresas estão vinculadas às declarações de vontade que emitiram. “A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta” [art. 431 do Código Civil].

Os contratos reputam-se celebrados se e quando houver acordo quanto aos seus *elementos essenciais*. “O juiz não pode negociar pela parte” é um vetor importante a considerar, imposto pelo ordenamento jurídico.

Essa regra é fácil de ser aplicada quando tratamos, por exemplo, de uma compra e venda: havendo acerto sobre a coisa e o preço, diz-se celebrado o negócio.

Em negócios mais complexos, como saber o momento da vinculação das partes? A questão mostra-se, por vezes, de complicada resposta. Por isso, há séculos difundiu-se a prática de se reduzir o negócio a escrito.

3.9 Operação econômica, negócio jurídico e contratos empresariais. A arquitetura jurídica do negócio

Não há regra sobre aquilo que deve ou não ser reduzido a escrito: o teor do documento derivará de livre escolha das partes ou, como é mais comum, de

13. JACQUES GHESTIN, *L’analyse économique de la clause générale*, 185.

seus advogados. Em negócios jurídicos complexos, sempre haverá cláusulas que não serão utilizadas, da mesma forma como *inexistirão dispositivos para regular todas as questões futuras*.

Inexistem normas sobre a redação de cláusulas, elaboração de capítulos ou para as obrigações principais e acessórias que serão assumidas. “O papel aceita tudo”, costuma-se dizer, ou seja, não se pode *a priori* impedir que redação canhestra dê lugar a dispositivos contratuais confusos, contraditórios, incompletos ou até mesmo nulos.

Inexistindo regras sobre a redação dos contratos, a *arquitetura jurídica* das operações empresariais assume grande importância, planejando-se a forma pela qual os negócios encetados pelas empresas entrarão no mundo jurídico, como serão organizados para produzir os efeitos almejados pelas partes.¹⁴

Exemplo: a empresa X, tradicional produtora de couro, e a empresa Y, fabricante de bolsas e detentora da marca popular Y, com sede na Itália, decidem constituir sociedade no Brasil para atuar no segmento de alto luxo, fabricando e comercializando bolsas de uma nova marca [XY]. A marca Y é distribuída no Brasil por terceiros.

De início, após um mês de negociações, decidem que as bases do negócio serão as seguintes: [i] X e Y constituirão, no Brasil, a sociedade XY S.A.; X deterá o controle; [ii] Y indicará o diretor comercial de XY S.A.; [iii] X deverá fornecer couro para a produção de bolsas por XY Ltda.; [iv] Y deverá comprar bolsas de XY Ltda. para nelas apor a marca Y, vendendo-as para seus distribuidores.

É tempo de “escrever o contrato”. Há inúmeras questões a serem negociadas: preço de fornecimento do couro, participação societária de cada uma das empresas na XY S.A., responsabilidade pelos investimentos, financiamentos, esquema de administração da XY S.A., regras para evitar o conflito de interesses entre Y e XY S.A. e assim por diante.

Os advogados deverão decidir quais instrumentos serão redigidos. Mais uma vez, não há soluções “certas” e outras “erradas” e sim *a busca por estrutura jurídica que melhor acomode os interesses das empresas*.

14. Para PONTES DE MIRANDA: “Pode ocorrer que os figurantes concluem, em instrumentos separados, dois ou mais negócios jurídicos e os ligue, de modo que se tenham de tratar como sujeitos à mesma sorte, ou que sejam separados, nas suas cláusulas e constem do mesmo instrumento. Também é possível a ligação entre dois ou mais negócios jurídicos concluídos em tempos diferentes – portanto, também em instrumentos diferentes – e que um dependa do outro, ou cada um dependa de qualquer um dos outros” [Tratado de direito privado, t. XXXVIII, 368].

Após reuniões, decide-se que as partes firmarão os seguintes instrumentos: [i] “acordo quadro”, regulando o negócio como um todo; [ii] minuta do estatuto social de XY S.A.; [iii] acordo de acionistas de XY S.A.; [iv] contrato de fornecimento de couro entre X e XY S.A.; [v] contrato de fornecimento de bolsas entre Y e XY S.A.; [vi] contrato de prestação de serviços entre XY S.A. e X, pois X deverá treinar os funcionários de XY S.A. para que produzam bolsas de qualidade.

Quais as cláusulas que constarão de cada um dos instrumentos? Qual será a denominação e a mecânica de cada um deles? Insista-se: trata-se de *opção* das partes [i.e., de seus advogados]. Há *balizamentos* postos pela Lei e pelos tipos contratuais, e não *cercas* a serem respeitadas.

O resultado será uma miríade de instrumentos contratuais rubricados, assinados pelas partes e por suas testemunhas. Nada assegura que as cláusulas de todos esses contratos serão harmônicas entre si; tampouco que o teor de cada instrumento estará em sintonia com os demais.

Os dispositivos contratuais e sua forma de organização não são fruto do acaso. Demanda planejamento, ponderação de riscos, dos prós e contras de cada uma das opções. As partes traçam a maneira pela qual os negócios entrarão no mundo jurídico, como serão enformados para produzir os efeitos almejados.

Essa formatação jurídica não pode ser desprezada, sob pena de esmagar a comum intenção das partes determinante do negócio que acabou realizado. Quem se lança à análise do empreendimento tem perante si vários contratos, que existem, valem e são eficazes isoladamente, embora integrem o mesmo negócio mercantil.

3.10 O nome dos contratos

Embora não seja obrigatório, quando reduzidos a escrito, aos contratos é atribuída uma denominação, um título.

Tecnicamente, o “*nomen iuris*” é irrelevante, importando a substância do negócio contratado e não a denominação que lhe foi atribuída pelas partes ou seus advogados. Contudo, o título apostado no instrumento pode constituir importante elemento de interpretação quando se presta a descortinar a intenção comum das empresas vinculadas, indicando o negócio que pretenderam abraçar.

3.11 Cláusulas contratuais

Contratos envolvem prestações e contraprestações assumidas pelas partes. Quando da redação do instrumento, espera-se que as obrigações sejam

expostas de maneira clara e coerente, possibilitando a intelecção do quanto ajustado. Os contratos, em sua manifestação escrita [i.e., seus instrumentos] costumam ser divididos em cláusulas.

Cláusula é a estipulação que as partes fazem em seus negócios. Há quem a defina como “a unidade elementar [...] do regulamento contratual”. “[É] uma disposição homogênea, por meio da qual as partes regulam determinado aspecto da sua relação”.¹⁵

Identifica-se a cláusula com a *disposição contratual*, assumindo valor *preceptivo*. A cláusula encerra um preceito, um comando para uma ou ambas as empresas. É nesse sentido que vem empregada pelo Código Civil [p. ex., art. 109, 121, 278 e 286].

Na linguagem corrente, a palavra *cláusula* é também empregada como “item”, identificando a unidade do texto contratual corporificado no instrumento, ou seja, cada uma das partes do texto escrito, admitindo sua divisão em subcláusulas, subitens ou parágrafos.

O texto do contrato não corporifica, apenas, obrigações propriamente ditas, contemplando estipulações, esclarecimentos, considerações comuns etc. Um item não corresponde a uma obrigação, podendo conter várias delas ou mesclá-las com considerações e esclarecimentos.

É possível grupar as cláusulas contratuais em capítulos, cuja denominação é livremente aposta pelos advogados. Valem, aqui, as observações sobre os títulos dos contratos já feitas.

Um dos desdobramentos da liberdade de contratar consiste na faculdade das partes moldarem as estipulações contratuais como bem lhes aprouver, desde que respeitem os limites da legalidade. O resultado nem sempre é harmônico e coerente. Daí a utilidade da regra de interpretação do Código Comercial de 1850, inspirada no princípio condensado por POTHIER: “as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas”.¹⁶

3.12 Disposições finais, cláusulas de estilo ou “boilerplate clauses”

As vicissitudes da interpretação contratual fizeram com que se difundisse o hábito de incluir nos instrumentos contratuais, mais para o seu final,

15. ROPPO, *Il contratto*, 458. Ainda sobre as cláusulas contratuais, ERNESTO CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, 16 e ss.

16. Remete-se o leitor ao capítulo oitavo, no qual as regras de interpretação de POTHIER serão analisadas.

série de dispositivos *standard* ou padrão. São chamadas de “boilerplate clauses” ou, simplesmente, “boilerplate”. Em português, “disposições gerais” ou “disposições finais”.

Com poucas exceções, acabam postas pelos advogados e não despertam maior atenção das empresas durante o processo negocial. Seriam *midnight clauses*, porque trazidas no final das negociações, quando todos estão exaustos.¹⁷ Afirma-se que seu processo de criação é um “recorta-e-cola” ou “controlC/controlV”, repetindo-se quase que sem alterações nos contratos do mesmo redator ou escritório.

São exemplos dessas cláusulas declarações no sentido de que:

- as partes encontram-se devidamente representadas e que os signatários estão investidos de todos os poderes necessários para apresentar a sociedade;
- as alterações do ajustado somente serão válidas, caso se revistam da forma escrita;
- aquele instrumento supera todos os outros documentos antes produzidos;
- cada parte é responsável pelo pagamento de seus impostos, deveres trabalhistas etc.;
- o contrato não institui sociedade entre as partes;
- as partes não estão autorizadas a ceder o contrato;
- os sucessores, a qualquer título, estão vinculados aos termos do contrato;
- o não exercício de qualquer direito não implica sua renúncia;
- a nulidade de uma cláusula não implica a nulidade do contrato; e
- todas as notificações devem ser encaminhadas aos endereços constantes do preâmbulo.

Muitos autores entendem que as cláusulas arbitrais são “boilerplate clauses”, embora a escolha da câmara de julgamento costume ser debatida entre as partes ou, pelo menos, entre seus advogados.

A principal indagação que se apresenta é como essas estipulações devem ser interpretadas, quais os limites da sua validade e até que ponto podem sobrepor-se às regras ditadas pela boa-fé e pela legítima expectativa das par-

17. A respeito das “cláusulas de estilo” e para a bibliografia clássica sobre o assunto, v. ERNESTO CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, 21 e ss.

tes. Por exemplo, embora conste das disposições finais que as alterações ao contratado serão válidas apenas se formalizadas por escrito, o comportamento reiterado das partes em sentido diverso teria o condão de modificar o pacto? Lembrando que a resposta depende das peculiaridades do caso concreto, remetemos o leitor à discussão trazida no capítulo quarto, quando estudamos as modificações do negócio jurídico ao longo do tempo.

3.13 Omissões e dubiedades propositais

Os advogados não costumam ser contaminados pelo otimismo dos agentes econômicos e, no exercício profissional, tendem a trazer para o presente, discussões futuras, ou seja, procuram resolver de antemão os problemas que conseguem antecipar. Enfrentam resistência de seus próprios clientes que, por força de sua profissão, querem celebrar o negócio que lhes parece vantajoso.

Esse excessivo otimismo leva muitas vezes a evitar a discussão e a disciplina de pontos controvertidos. A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do comportamento estratégico das partes que, visando à realização da transação, evitam enfrentar aspectos que poderiam ameaçá-la.¹⁸ Deixam-se problemas para o futuro, até confiando no aumento do grau de dependência econômica que tende a ocorrer ou a se incrementar durante a relação. “Não criemos problemas” ou “quando acontecer, veremos o que e como fazer”, afirma-se nessas ocasiões.¹⁹

Ao contratar, as empresas dirigem sua atenção para os aspectos econômicos do negócio e não para aqueles jurídicos. Seu foco costuma recair sobre o preço, condições de pagamento, características do bem ou do serviço adquirido etc.

18. STEWART MACAULAY, em conhecido estudo empírico sobre o comportamento das partes nos contratos, indica que, durante as tratativas, os agentes econômicos podem assumir as seguintes posturas em relação ao negócio a ser implementado: [i] cuidadosamente planejar comportamentos, explicitando-os formalmente [“explicit and careful”]; [ii] possuir entendimento comum, mas tácito, sobre certa questão [“tacit agreement”]; [iii] possuir entendimentos divergentes, não manifestados expressamente [“unilateral assumptions”]; [iv] sequer cogitar de determinado problema [“unawareness of the issue”]. O autor esclarece que “[c]learly other intermediate points are possible” [Non-contractual relations in business: a preliminary study, 4].

19. “If I want a clause that says if event X takes place, the consequence Y will follow, you may demand something in exchange that I do not want to give you. When I anticipate this, it may be better to avoid raising the issue in negotiations and hope that the matter can be resolved if event X ever takes place” [STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*, 55].

Em negócios de maior complexidade, o planejamento das chamadas “contingências” fica a cargo dos advogados.

Pesquisas empíricas constataram que, para a maioria das empresas, a utilidade do instrumento escrito é *secundária* quando comparada aos aspectos econômicos da transação.²⁰ Algumas condições serão tratadas por assessores jurídicos que, desconhecendo importantes aspectos fáticos do empreendimento, não raro deixam de lhes dispensar a devida atenção.

3.14 O momento da assinatura. O início da vida do contrato

Redigidos os instrumentos, marca-se a data para sua assinatura. São os famosos “fechamentos” ou “closings”, com quase inevitáveis adaptações de última hora nos termos contratuais. Centenas de folhas são rubricadas pelas partes, pelos intervenientes anuentes e pelas testemunhas – normalmente secretárias ou estagiários maiores de idade.

Abrem-se champanhes, colocam-se notas na imprensa. Celebra-se. Terminada a comemoração, os instrumentos contratuais são arquivados no departamento jurídico, os advogados voltam para seus escritórios e as empresas vão “tratar de ganhar dinheiro”, como se afirma. “Longe de ser um guia para o cumprimento do contrato, os instrumentos são mandados para o arquivo e ignorados”, advertiu STEWART MACAULAY.²¹

Para os advogados, o momento da assinatura pode representar um “fechamento”; para as empresas e para o Direito, é ali que tem início a *vida do contrato*. Longe dos assessores legais e de seus obstáculos, as partes sentem-se livres para, finalmente, dar início ao trabalho.

Em contratos mais complexos, em especial os de colaboração, *a produção de obrigações não cessa com a assinatura do instrumento*. Ao contrário do que se costuma crer, *a assinatura não é o fim da barganha ou da gênese de obrigações contratuais, mas apenas uma fase do negócio*. Repita-se: *uma fase – embora muito importante – e não o processo inteiro ou seu final*. Muitas vezes, *a vida do contrato inicia-se quando seu instrumento vai repousar nos arquivos do departamento jurídico*.

20. No relato de COLLINS: “[B]usinessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingences. [...] The remaining issues that are typically included in the written contract by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction” [*Regulating contracts*, 150].

21. No original: “Rather than guide performance, contract documents are filed away and ignored”. “Relational contracts floating on a sea of custom?”, 778.

A VIDA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Regras jurídicas que vinculam as partes durante a execução do contrato e algumas de suas condicionantes comportamentais

SUMÁRIO: 4.1 As normas que regem a vida do contrato. As chamadas “fontes do Direito” – 4.2 A importância das regras legais dispositivas no processo de barganha e na formação do negócio – 4.3 Quem, efetivamente, dá execução ao contrato, construindo sua vida? – 4.4 As modificações do negócio jurídico ao longo do tempo. A nova regra em conflito com a anterior – 4.5 Modificações informais de contratos formais. A tendência de não se alterar o instrumento firmado durante a vida do contrato – 4.6 Ainda sobre as modificações informais dos contratos formais. O exagero na aplicação indiscriminada de institutos derivados da boa-fé objetiva [*supressio, surrectio, venire contra factum proprium e tu quoque*] – 4.7 A superação do exacerbado positivismo que dominou a análise jurídica dos contratos no século XX e a importância do contexto contratual – 4.8 O impacto de tendências comportamentais das partes sobre a vida dos contratos que celebram – 4.9 Breves notas de economia comportamental: 4.9.1 Excessivo otimismo; 4.9.2 Excessiva autoconfiança/*self-serving bias*; 4.9.3 *Hindsight bias*; 4.9.4 Falso consenso; 4.9.5 Persistência na decisão; 4.9.6 Reciprocidade; 4.9.7 Aversão à iniquidade; 4.9.8 Tendência de pertencer a grupos; 4.9.9 *Endowment effect*; 4.9.10 Senso de justiça; 4.9.11 Ancoragem/excessivo foco.

4.1 As normas que regem a vida do contrato. As chamadas “fontes do Direito”

Embora a dimensão econômica dos negócios empresariais seja cada vez mais importante e entrelaçada com a jurídica, cabe ao *direito* o principal papel na formação dos mercados e dos contratos. Apenas o direito é normativo e impõe padrões de conduta aos agentes econômicos. A economia explica, analisa incentivos e consequências. *O direito comanda*.

Como reconhecer as regras? Como saber o que pode ou o que não pode ser feito, o que é ou não permitido pelo ordenamento jurídico? Para responder a essas questões, devemos identificar a origem das regras e formular critérios que permitam seu reconhecimento como padrões de conduta vinculantes para as partes.

Quatro são os tipos de normas jurídicas que vinculam as partes nos contratos empresariais:

- [i] regramento estatal;
- [ii] usos e costumes;
- [iii] texto contratual;
- [iv] regras não escritas criadas pelas partes que, por sua vez, podem ser:

[iv.1] complementares ao instrumento; ou

[iv.2] com ele colidentes.

A primeira fonte de regras é a Lei, o direito posto pelo Estado. O comportamento dos contratantes é condicionado pelo direito positivo. Mediante a edição de regras cogentes, o Estado dita o padrão de legalidade, ou seja, o que pode ou não ser feito pelas empresas. Os limites da autonomia privada são estabelecidos pela Lei.

Os *usos e costumes* perfilam regras que, se não afastadas pelos agentes, complementam o regramento contratual. Discorreremos sobre esse assunto ao explicar os vetores dos contratos mercantis, no capítulo quinto. Aqui, é importante lembrar que, ao celebrar o contrato empresarial, as partes atraem para seu âmago os usos e costumes, de forma a colmatar eventuais lacunas percebidas na avença.

Hoje deduzido da cláusula geral da boa-fé objetiva, esse norte vinha positivado no art. 133 do Código Comercial: “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”. *Depois da Lei, os usos e costumes são importante fonte de regras para o contrato entre empresas, tenha-se deles consciência ou não.* O ordenamento presume que o agente econômico ativo e probo conhece o mercado em que atua.

Além das normas postas pelo ordenamento estatal e pelos costumes, “o contrato faz lei entre as partes”, na máxima positivada pelo Código de Napoleão. As diretrizes contratuais deverão de ser respeitadas. *Pacta sunt servanda.*

Temos, aqui, terceira fonte de regras contratuais: o que foi expressamente acordado entre as empresas. Sua melhor prova é o *instrumento contratual* firmado, pois se presume que as partes acertaram e aceitaram aquilo que está escrito.

Como posto no capítulo anterior, a vida do contrato inicia-se quando o instrumento é firmado. O ato da assinatura muitas vezes não é o fim do processo negocial. Tampouco o que está escrito será a única fonte de obrigações, direitos e pretensões durante a execução.

Por conta desse contexto, dois tipos de regras podem, com o passar do tempo, surgir:

[i] regras que complementam o ajustado; e

[ii] regras que vão contra os termos expressamente ajustados nos instrumentos.

A aplicação desse regramento complementar enfrenta problemas derivados da dificuldade de comprovação de sua própria existência. Não é simples demonstrar: [i] a ocorrência de novos padrões de comportamentos e [ii] que são considerados pelas partes como *de observância obrigatória*. A conduta dos agentes será crucial para a identificação da nova regra vinculante.

4.2 A importância das regras legais dispositivas no processo de barganha e na formatação do negócio

A classificação das regras jurídicas entre imperativas e supletivas é uma “maxime de tous le temps”, que se emerge, a contrario sensu, do art. 6.º do Código de Napoleão: “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs”. A distinção é por vezes referida entre normas cogentes e dispositivas; a doutrina norte-americana trabalha com a terminologia “immutable” ou “mandatory rules” e “default rules”.

O ordenamento jurídico estabelece comportamentos que devem ser adotados pelas empresas, mediante normas “que se impõem por si mesmas, excluindo qualquer arbítrio individual”. Mediante esses comandos imperativos, o Estado define quais negócios serão ou não admitidos, quais práticas podem vir à luz no âmbito jurídico. Por exemplo, as partes não podem afastar seu dever de agir conforme a boa-fé na execução do contrato.

As normas dispositivas, por sua vez, são “todas aquelas que não se impõem ao respeito dos indivíduos senão supletivamente, visto poderem ser avulsas pela vontade dos interessados, e só na ausência desta são chamadas a reger suas relações e assim obrigatoriamente aplicadas pelo juiz” ou árbitro.

As lacunas dos contratos podem ser colmatadas a partir da aplicação de regras dispositivas previstas no ordenamento. Inexistindo penalidade expressamente regulada no contrato para descumprimento de alguma obrigação, serão devidos perdas e danos, conforme estatui o Código Civil.

A maior parte da doutrina entende que as regras dispositivas devem apon-tar para o que as partes teriam normalmente estipulado, ou seja, reproduzem “a vontade presumida das partes, regulamentando a relação jurídica, como se os interessados a houvessem confeccionado, eles próprios”. Indo além desse subjetivismo, as regras dispositivas, grande parte das vezes, trazem situações

que usualmente ocorrem em situações semelhantes, considerando “as tradições, os costumes, os hábitos de interesse geral”.

Nesse sentido, regras dispositivas podem implicar diminuição dos custos de transação, na medida em que poupam esforços e recursos que as partes spenderiam nas negociações de todos os pontos de um contrato. Para Posner, as default rules “economize on transaction costs by supplying standard contract terms that the parties would otherwise have to adopt by express agreement”.

Os economistas já demonstraram que “negociar custa”. Trazer um interesse à baila e moldar sua disciplina específica no contrato costuma requerer investimento de tempo e de recursos por parte daquele que exterioriza o pleito. Por exemplo, dispõe o art. 23, inciso III, da Lei de Locações que o desgaste natural do imóvel deve correr por conta do locador; é isso que acontecerá se nada diferente for contratado. Para alterar essa regra geral, o locador deverá negociar e acertar sua inversão com o locatário que, provavelmente, resistirá. Não se espera que eventual concordância venha da bondade do futuro inquilino, mas em troca de algo como, por exemplo, a redução do preço do aluguel.

Os comandos jurídicos que se aplicam se nada for disposto em sentido contrário pelas partes [as chamadas “regras dispositivas”] são relevantes para essa dinâmica, pois disciplinarão a relação entre as empresas, se elas optarem por não investir, enfrentar a questão, desgastar-se e obter da outra/negociar uma solução sob medida [“tailor made”].

4.3 Quem, efetivamente, dá execução ao contrato, construindo sua vida?

Em contratos complexos, há muitas pessoas envolvidas na execução da avença. A imagem do negócio que tem seu cumprimento dirigido e fiscalizado, em seus detalhes, pelo “dono” da empresa é romântica e cada vez menos encontrada na realidade.

Nessas situações, os indivíduos que firmam o instrumento não são os mesmos que executarão o contrato. Considere-se a existência dos seguintes grupos de atores:

[i] o *corpo jurídico*, que atua intensamente até o momento da assinatura. Depois, somente será chamado à cena se houver relevantes problemas a serem solucionados;

[ii] os *dirigentes ou executivos* que lideram o processo de negociação, monitoram e supervisionam a execução dos contratos que não estão envolvidos em seu dia a dia;

[iii] o *pessoal técnico ou operacional* que lida com a execução do contrato, dando-lhe concreção.

Em um negócio em que a empresa *A* contrata a construtora *B* para edificar determinada fábrica, haverá a equipe jurídica, que auxiliará as negociações, conduzidas por alguns executivos. Os instrumentos serão firmados pelas pessoas nomeadas nos estatutos sociais. Executivos supervisionarão e gerenciarão o contrato, que terá sua execução diária implementada pelos técnicos [engenheiros, arquitetos, supervisores de obras, trabalhadores da construção civil etc.].

Durante a vida do ajuste, a maioria dos contatos entre as duas partes será feita pela equipe técnica na construtora *B*, com alguns profissionais e supervisores da empresa *A*. Os advogados fizeram constar do instrumento que, semanalmente, *B* enviaria relatórios a *A* sobre o andamento dos trabalhos. De início, as partes agem dessa forma. Todavia, o procedimento cai no esquecimento porque, todas as semanas, um gerente de *A* dirigia-se à obra, inteirando-se do que ocorria. Se havia pontos a resolver, realizavam-se reuniões no próprio canteiro de obras e soluções surgiam encontradas de comum acordo.

A e *B* podem ter modificado os termos do pacto no que diz respeito ao envio de relatórios sobre o andamento dos trabalhos. O departamento jurídico e os altos executivos somente tomarão conhecimento dessa alteração quando e se ocorrerem desentendimentos futuros fortes entre *A* e *B*. Caso contrário, chegando o contrato a bom termo, a disposição contratual terá sido alterada sem que as partes se deem muita conta disso.

Para a letra da lei, as pessoas jurídicas contraem obrigações se representadas na forma da Lei e do estatuto ou contrato social [art. 47 do Código Civil]. Apenas alguns executivos detêm o poder de “presentar” a sociedade.¹ São eles que possuem a “a caneta na mão” e são autorizados a firmar os instrumentos contratuais em nome e por conta da sociedade.

Não obstante, várias pessoas – e não apenas as que assinaram os instrumentos – estarão envolvidas na execução do contrato e seu comportamento pode gerar obrigações para a empresa.

1. A expressão “apresentação” é de PONTES DE MIRANDA, ao explicar a teoria organicista. Tecnicamente, os administradores “presentam” [e não “representam”] a sociedade. “Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu. Ainda há apresentação, e não representação [...]” [Tratado de direito privado, t. III, 233].

4.4 As modificações do negócio jurídico ao longo do tempo. A nova regra em conflito com a anterior

Na dinâmica dos negócios, não é incomum que as empresas, premidas por novos contextos e necessidades econômicas que surgem ao longo da vida contratual, encetem modificações que impactam a avença. Nessa fase, quando assinaram os instrumentos contratuais e lançaram-se no empreendimento, as alterações germinam naturalmente, longe dos escritórios dos advogados. “As partes nem sempre têm ideias exatas sobre a natureza jurídica do resultado que perseguem. Com frequência, buscam apenas a um efeito econômico [...]. Neste sentido, e, sobretudo quando preveem um desenvolvimento fácil e pacífico de suas relações, as partes não se preocupam com a técnica jurídica”.² As partes “escrevem uma coisa e fazem outra” ou ainda “escrevem uma coisa e, após algum tempo, passam a fazer outra”.

Uma das formas mediante as quais o ordenamento jurídico trata essa questão diz respeito à *observação do comportamento das partes*, posterior ao fato do contrato. A letra do instrumento é o início do caminho, é de suma relevância, mas não a única estrada e tampouco seu necessário ponto de chegada. Indispensável, pois, a referência ao disposto no art. 131, 3, do Código Comercial, que traduz importante princípio: “o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato”. “A norma, o conteúdo efetivo da autodeterminação dos particulares manifesta-se como resultado dos interesses que emergem do procedimento globalmente considerado e não como expressão estática apenas do momento da autodeterminação do ato”.³ Obrigações surgem do encontro entre as declarações de vontade que manifestam oferta e aceitação.⁴⁻⁵ No entanto, nada obsta que esse processo dê-se “informalmente”, por mecanismos que implicam ofertas e aceitações “tácitas”. Enfim, condutas fáticas, circunstâncias negociais que traduzem a declaração de vontade do agente. Lembre-se a lição de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “[...] há de se entender por negócio jurídico aquela conduta total

2. VON TUHR, *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán*, v. II, 226-7.

3. VON TUHR, *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán*, v. II, 2, 226-7.

4. Cf. arts. 427 a 435 do Código Civil.

5. Os internacionalistas indicam os problemas que derivam da chamada *battle of the forms*, ou seja, quando há o envio de ofertas/aceitações *standard* de parte a parte, sem coincidência entre elas. Quais regras disciplinarão a avença que, muitas vezes, começa a ser executada? V. ALDO FRIGNANI, *Lo strumento contrattuale*, 41.

socialmente qualificada como negócio. [...] As ‘circunstâncias negociais’ são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos”.⁶

É indisputável que obrigações são assumidas por meio do encontro das declarações de vontade que manifestam oferta e aceitação; para a constituição do vínculo, salvo expressa disposição legal, não é necessário documento escrito e assinado pelas partes. Nesse sentido, a regra geral dos contratos comerciais, hoje corporificada no art.107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

De um lado, como apontado no capítulo terceiro sobre a formação dos contratos empresariais, a redução a escrito do negócio, por facilitar sua prova posterior, incrementa o grau de segurança jurídica das partes, diminuindo os custos de transação. De outro, essa busca de segurança e de previsibilidade pode levar à falta de identificação do negócio [*real deal*] com os termos reduzidos a escrito [*paper deal*], cindindo o que, de acordo com a teoria clássica, deveria ser uno.

Mais uma vez, retorna-se a “la question rituelle et insoluble du positivisme et de l’injustice”:⁷ até que ponto as partes podem ser obrigadas a seguir comportamento que não contrataram expressa e solenemente? Dizendo-o de outra forma: é útil ao tráfico mercantil permitir a vinculação dos agentes econômicos por meios não inequívocos de manifestação da vontade?

O positivismo jurídico tradicional, a pretexto de aumentar a segurança no tráfico, prega o apego ao texto contratual, respondendo negativamente à questão.⁸ Dessa forma, abandoná-lo [i.e., abrir-se ao ambiente institucional] significa admitir que o comportamento das partes é a manifestação de sua vontade e permitir que a contratação original seja alterada pela prática dos agentes econômicos no curso da vida do contrato.

6. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 120-2.

7. CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *Theorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes*, 35.

8. Cf. PAULA A. FORGIONI, *Apontamentos sobre algumas regras interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850*, 31.

O fato de as empresas, sem qualquer contestação, implementarem condutas diversas das previstas no instrumento, dependendo das circunstâncias, autoriza a conclusão de que houve alteração do negócio.⁹⁻¹⁰

O contrato é inovado sem que as partes se preocupem em modificar a letra do instrumento – que segue placidamente arquivado. *Instrumento e contrato não mais coincidirão.*

Como exemplo, tomemos acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1943,¹¹⁻¹² em linha hoje bastante seguida pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Duas sociedades contenderam sobre a licitude de despejo justificado pelo pagamento do aluguel após a data aprazada.

Muitas vezes a locadora aceitara o pagamento do aluguel fora do prazo acordado. Poderia, com base em atraso único, exigir o fim do contrato? As fal-

-
9. Não de ser vistas com cautela as cláusulas de estilo como aquelas que exigem a alteração por escrito do instrumento para que se considere o negócio modificado.
 10. Sobre o problema dos “sequential agreements”, cf. HUGH COLLINS, *Regulating contracts*, 154 e ss.
 11. Embargos ao RE 6.151/DF JOSÉ LINHARES, Presidente e BENTO DE FARIA, Relator [vencido].
 12. Vale lembrar pioneiro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhece ter o comportamento tolerante das partes o condão de alterar as obrigações assumidas e modificar a base da avença: “Penso que, possível fosse afastar a ideia da ‘transação’, que centrou o raciocínio lógico do sentenciador, ainda assim se evidenciaria um ‘acordo tácito’ entre as partes, continuado no tempo, mercê das sucessivas operações de compra e venda de mercadorias, em que as ulteriores testificavam as alterações consensuais quanto às condições anteriores. Também que os descumprimentos dos contratos eram recíprocos, embora por vezes apenas parciais, pois enquanto a vendedora postergava a entrega de mercadorias de algumas encomendas, a compradora atrasava excessivamente os pagamentos. Surpreende-se nos episódios, certamente pelas conhecidas contingências do mercado, uma recíproca tolerância, assim alterando as bases do contrato e as condições de seu cumprimento, dando ensejo a uma figura não bem definida, mas que em muito se assemelha a da transação, onde a tônica é a compensação de direitos e obrigações. Isso é o que se ressumbra com clareza dos autos, especialmente revelado na minudente investigação pericial. [...] Que houve tardança na entrega de pedidos dúvida não há, o que da mesma forma aconteceu com os pagamentos respectivos. Nem por isso, entanto, rompeu-se a relação negocial. Pelo contrário, ela prosseguiu, o que é dado significativo para convencer que os atrasos eram consentidos e que atendiam às conveniências recíprocas” [TJRS, Ap. Cív. 591070297, j. 19.12.1991, rel. PILLA DA SILVA].

tas reiteradamente toleradas teriam “tornado sem vigor” a cláusula contratual que fixara o prazo?

BENTO DE FARIA entendeu que a lei obrigava o locatário a pagar pontualmente o aluguel nas datas ajustadas, “a estipulação contratual devendo ser observada na forma convencionada, não podendo ser alterada por forma diversa da que a originou, nem deduzida de atos que não alteraram a vontade das partes”. JOSÉ LINHARES seguiu a mesma linha, observando que “[s]i o contrato é lei entre as partes, ele só pode ser alterado por outra convenção. A simples tolerância do credor em exigir a obrigação ao termo, não constitui direito do devedor de alterar o mesmo”.

OROZIMBO NONATO adotou entendimento diverso; em sua opinião, ocorrera a modificação dos termos contratuais. “Habitualmente, constantemente, reiteradamente, aceitou o locador o pagamento fóra do prazo. Não se trata de ato único ou raro, a ser interpretado como simples tolerância, não poderosa a alterar o contrato. Trata-se, ao revés, de atos constantes e iterativos e cuja prática habitual tornou inaplicável o *dies interpellat*. De-resto, devem as relações contratuais ser interpretadas de boa-fé e seria iníquo admitir a eficácia do procedimento do locador, o que valeria por aceitar situações armadas abusiva e maliciosamente por uma parte contra a outra”.

CASTRO NUNES vai na mesma vertente, inspirado no teor do art. 131 do Código Comercial, embora não o declare expressamente: “O fato posterior das partes contratantes infirmou a rigidez da cláusula contratual, equivalendo a um acôrdo para dispensa-la, acôrdo que em matéria eminentemente consensual, lhes estava ao alcance, de vez que a locação pode ser contratada sem prefixação legal de forma, até mesmo verbalmente. [...] O que é essencial à modificação das convenções é, como diz JOSSERRAND, o elemento consensual [...], consentimento que se traduziu na dispensa consentida pelo credor da observância da cláusula em questão”. “É certo que o contrato faz lei entre as partes. Mas é igualmente certo que os tribunais não estão impedidos de interpretá-los fazendo prevalecer contra a letra a vontade ou intenção das partes. De modo que, em última análise, não sai do âmbito desses princípios pacíficos o julgamento que, apreciando circunstâncias ocorridas na execução de um contrato, interpreta por elas a vontade das partes no entendimento de cada cláusula, para concluir que o próprio credor do direito de reclamar a sua estrita observância não lhe deu esse alcance ou assentiu em um *modus vivendi* com o devedor, deixando de lado a exigência contratual”.

Entre a letra do pacto e a interpretação conforme o comportamento das partes e a boa-fé, opta o Ministro CASTRO NUNES pela segunda: “Porque a no-

ção do contrato vai cedendo dia a dia às imposições da boa fé, que domina a interpretação das convenções”.

4.5 Modificações informais de contratos formais. A tendência de não se alterar o instrumento firmado durante a vida do contrato

A prática demonstra que raramente novas obrigações assumidas pelas partes durante a vida do contrato são reduzidas a escrito, gerando aditivos ou anexos ao contrato. São os próprios técnicos que decidem quando devem solicitar a atuação dos advogados e isso quase nunca ocorre se acreditam ter diante de si questões comuns, corriqueiras, ligadas ao dia a dia da implementação do contrato.

Para a área técnica, o trabalho dos advogados implica gastos com honorários, investimento em tempo, negociações etc. Por qual razão um engenheiro traria o advogado para o campo, se tudo está correndo bem e o pessoal técnico alcançou solução satisfatória para divergência que restou superada?

Conjugam-se vários fatores que levam ao distanciamento entre o *real deal* e o *paper deal*, gerando riscos para as empresas. A economia de recursos é uma das principais razões. Outra, o excessivo otimismo, que leva as empresas a subdimensionar os riscos de sua conduta.

4.6 Ainda sobre as modificações informais dos contratos formais. O exagero na aplicação indiscriminada de institutos derivados da boa-fé objetiva [*supressio, surrectio, venire contra factum proprium e tu quoque*]

A modificação tácita dos contratos pode acarretar situações de risco para as empresas. Basta que a parte se afaste dos termos do instrumento para que se conclua pela inapelável modificação do contrato. Como justificativa, lançam-se institutos como *supressio, surrectio*, proibição do *venire contra factum proprium* e *tu quoque*. Esse tipo de postura gera elevado grau de insegurança para os agentes econômicos, que passam a nutrir o receio de que, ao se afastar do texto, nunca mais poderão recobrar os direitos que acertaram na formação do negócio. Tem-se o exagero, na ilusão de proteção de uma das partes da avença.

O raciocínio, aqui, é o mesmo exposto quando tratamos da boa-fé objetiva.¹³ No direito comercial, aqueles institutos somente fazem sentido se, no caso concreto, sua introdução contribuir para o bom fluxo de relações econô-

13. V. capítulo quinto.

micas – e não para alcançar a tutela do contraente que se afasta do instrumento assinado. Tampouco há de se ter por efeito o desestímulo à flexibilização temporária dos termos ajustados, obstruindo adaptação conjuntural a eventuais circunstâncias adversas. Viola a lógica própria do direito comercial a aplicação de pautas de modo a sinalizar para o mercado que o risco da colaboração com o parceiro comercial revela-se alto para aquele que, por certo tempo, concorda em abrir mão de seu direito.

O agente econômico diligente acaba incentivado a *não apoiar* a outra empresa, pois se vê premido a reduzir a escrito qualquer liberalidade concedida. Ou seja, a parte que pretende ser maleável diante da adversidade enfrentada pelo parceiro é forçada a adotar a prática [*custosa e não usual*] de documentar a alteração.

Esse destempero pode ser evitado ao se reconhecer que *o texto contratual é o mais forte dos indícios da intenção comum das partes do momento da celebração*. Para desprezar aquele ajuste, é preciso *comprovar* que o comportamento gerou indubitável alteração nos termos negociados.¹⁴ É importante a observação dos padrões de mercado em que atuam os contratantes para apreender se, efetivamente, o comportamento da parte que abriu mão de seu direito gerou, na outra, expectativa de adoção perene do novo padrão. Ao contrário do que concluem alguns julgados, dois ou três meses de complacência não costumam ser suficientes para superar a avença anteriormente negociada e aceita por ambas partes.

4.7 A superação do exacerbado positivismo que dominou a análise jurídica dos contratos no século XX e a importância do contexto contratual

Porque a empresa implica grupamento de pessoas, sua atuação apresenta *tendências* que não podem ser ignoradas pelos juristas. Aquele que redige, analisa ou julga a execução de um contrato deve conhecer a realidade na qual o negócio se insere. Caso contrário, permanecerá vítima do exacerbado positivismo que muitas vezes formatou a doutrina do século XX.

Um dos desdobramentos da pandectística do século XIX e do movimento positivista do século XX consistiu em afastar do Direito tudo o quanto não fosse “jurídico”. Considerações éticas, políticas ou econômicas não constituiriam

14. V. PAULA A. FORGIONI, Voto parcialmente divergente. Caso Itiquira Indústria e Construções x Itiquira Energética S.A, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 17, p. 278-327, 2008.

assunto do jurista como tal. Pretendia-se “subordinar a vida aos conceitos e dobrar a realidade social a princípios deduzidos sob a forma sistemática de imperativos lógicos”, explica ORLANDO GOMES.¹⁵ Na impossibilidade de afirmar o que é justo, que se soubesse, ao menos, o que é jurídico, identificando com clareza quais os comportamentos juridicamente exigíveis das pessoas. O paradigma é o da liberdade e a contração de obrigações somente se dá em decorrência da inequívoca e expressa vontade da parte.

No que diz respeito à disciplina dos negócios, esse postulado traduziu-se na extrema valorização da palavra escrita: vale aquilo que está no papel e nada existe fora daquela letra. Afastam-se ponderações de qualquer outra ordem, diminuindo a força de vetores como o da boa-fé ou da proteção da legítima expectativa: apenas a inequívoca manifestação da vontade individual, a assinatura lançada no papel, seria capaz de vincular a parte. A reboque vem o desprestígio da interpretação/integração dos contratos. No campo do direito empresarial, ainda hoje pouco se diz a respeito da interpretação dos contratos; ignora-se olímpicamente a realidade e todas as complicações nela envolvidas. Ainda que não admitam explicitamente, muitos seguem afastando tudo o que não se subsume às seguras categorias talhadas pela dogmática tradicional.

O contrato não é apenas a letra fria do instrumento. É o negócio embebido na realidade que o circunda, concebido e conduzido por *seres humanos* que, durante a vida do negócio, nele refletem suas *tendências*. A compreensão de seu entorno impõe-se para a disciplina das demandas e conflitos que surgem ao longo da sua vida. Esse tipo de estudo explica e sistematiza, a partir da observação da realidade, a *tomada de decisões econômicas dos agentes* [empresas, consumidores, investidores etc.]. De certa forma, estamos diante da retomada do caráter interdisciplinar que foi afastado do direito.

Sem a compreensão interdisciplinar do contexto do contrato, das circunstâncias, não se pode interpretá-lo, imprimir-lhe execução. É preciso enxergar os vínculos que vão surgindo durante a vida do contrato, e os fatores jurídicos e extrajurídicos que impulsionam e aplacam os conflitos. O instrumental para tanto não é dado pela dogmática formalista do século passado, e sim emerge da acurada observação da *realidade* dos negócios empresariais contemporâneos.¹⁶

15. No prefácio de seu livro sobre os contratos, que quebrou paradigmas ao desafiar a visão clássica que até então imperava no Brasil.

16. Por essa razão, autores como BETTI, ORLANDO GOMES e JUNQUEIRA esforçaram-se para comprovar que os negócios jurídicos brotam da realidade, da prática, do comportamento das partes.

4.8 O impacto de tendências comportamentais das partes sobre a vida dos contratos que celebram

A doutrina comercialista moldada a partir dos anos 40 do século XX identifica a empresa com o empresário. A ele pertenceria a genialidade, a capacidade de inovar, de ter ideias. O empresário seria o empreendedor que molda a empresa à sua imagem e semelhança.

Isso pode até ser verdadeiro em algumas situações, especialmente no início da vida empresarial, quando a pessoa física organiza sua atividade para determinado fim. Ninguém nega que a dona de casa com talento excepcional para a costura e a moda imprimirá sua marca no estabelecimento que abrir para explorar a confecção e o comércio de roupas. Grandes empresários como BILL GATES, STEVE JOBS, SAMUEL KLEIN e LUIZA TRAJANO, ao menos no momento inicial, formatam seus negócios à sua imagem e semelhança – e fazem dessa identidade importante elemento de *marketing*. O público tem a impressão de que essas pessoas estão por trás de todas as decisões de “suas” empresas.

Com o passar do tempo e crescimento da empreitada, essa influência tende a se diluir. Empresários, por mais geniais que sejam, ficam doentes e morrem ou vendem o controle acionário das sociedades das quais participam. Nem por isso elas desaparecem. Por quê?

A resposta é simples: porque as organizações existem independentemente dos empresários e desenvolvem *cultura própria*. É a chamada “cultura empresarial”, estudada pelos economistas e administradores. As empresas são grupamentos de pessoas e, nessa medida, também feitas de “carne e osso”. Operários, gerentes, advogados internos, vendedores, supervisores, técnicos, diretores, vice-presidentes ou presidente, em maior ou menor medida, acabam condicionando a atividade do ente produtivo. A substituição de um alto executivo pode modificar certas facetas da atuação da firma, porém é quase impossível alterar sua forma de existir de uma hora para outra.

Esses fatores são mais importantes na organização das atividades da empresa do que se costuma imaginar: fusões não dão certo porque culturas empresariais entram em choque, ao invés de se amalgamarem; um novo presidente não consegue tocar os negócios como gostaria, pois esbarra na visão solidificada ao longo de décadas. Empresas são tidas pelo mercado como “sérias” ou “pouco confiáveis” e bem sabem os executivos o quanto é caro alterar essa imagem ligada à cultura empresarial.

Disso extraímos dois aspectos relevantes para a compreensão dos contratos empresariais:

- [i] os contratos empresariais são concebidos e executados por pessoas;

[ii] essas pessoas aglutinam-se/organizam-se em torno de empresas, e sua atuação reflete determinada cultura.

Para enfrentar as questões trazidas pela dinâmica contemporânea dos contratos empresariais, a dogmática jurídica deve se perguntar “*quem é a empresa, o que e como ela exerce suas atividades*” ao invés de se restringir à análise sobre “*o que é a empresa*”.

4.9 Breves notas de economia comportamental

Partindo da constatação de que o negócio somente pode ser compreendido e interpretado a partir das condutas das partes, analisemos suas *tendências*, hoje objeto de estudo da economia comportamental. Ao longo deste trabalho, esses vieses foram referidos para explicar facetas da dinâmica dos negócios empresariais. Por ora, expomos o resumo das principais inclinações que moldam o vínculo contratual.

Um dos mais relevantes desenvolvimentos das ciências sociais dos últimos anos foi impulsionado por profissionais voltados à análise de comportamentos na vida real e não por juristas ou economistas. O foco passou a incluir a compreensão dos mecanismos de julgamento e decisão tal como funcionam concretamente. A vantagem a ser auferida pelo agente econômico, a curto prazo, não é medida apenas em pecúnia. Por isso, ensina KAHNEMAN que “*utility cannot be divorced from emotion, and emotion is triggered by chances*”.¹⁷⁻¹⁸

Outra advertência antes de empregar as sistematizações dos economistas na compreensão dos contratos mercantis: as tendências do comportamento das

-
17. DANIEL KAHNEMAN, *Maps of bounded rationality: A perspective on intuitive judgment and choice*, disponível em: [http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/kahnemann-lecture.pdf]. Último acesso em abril de 2015.
 18. A bibliografia sobre economia comportamental desenvolve-se rapidamente, pois desperta grande interesse entre os economistas, inclusive aqueles ligados à Escola de Chicago. Contudo, ainda não houve maior aprofundamento de sua interface com os contratos empresariais. As maiores aplicações, na área jurídica, recaem sobre o antitruste e, especialmente, sobre a disciplina do mercado financeiro e de capitais. Apenas para viabilizar o início do estudo, v. os seguintes trabalhos: RICHARD THALER E CASS SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* [2008]; CHRISTINE JOLLS, RICHARD THALER E CASS SUNSTEIN, *A Behavioral Approach to Law and Economics* [1998]; CASS SUNSTEIN, *Going to extremes: How like minds unite and divide* [2009]; DANIEL KAHNEMAN E AMOS TVERSKY, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk” [1979]; NICK WILKINSON, *An Introduction to Behavioral Economics* [2008]; CASS SUNSTEIN [org], *Behavioral Law and Economics* [2000] e OWEN JONES, *Time-Shifted Rationality and the Law of Law’s Leverage* [2001].

pessoas físicas [e, conseqüentemente, jurídicas] não são, por si, desculpas para ações desidiosas ou excessivamente confiantes do empresário. São explicações sobre *tendências*, das quais podem decorrer *vantagens* ou *desvantagens* para a empresa, conforme os resultados práticos alcançados.

Ao trazer essas sistematizações para o estudo jurídico, pretende-se pontuar como o direito lida ou deve lidar com a dinâmica do nascimento, vida e morte dos negócios jurídicos. Isso não significa que o executivo que se porta conforme seus instintos está sempre correto e merece aplausos.¹⁹ O pressuposto do funcionamento do mercado segue sempre o mesmo: os comerciantes ativos e probos agem *racionalmente*.

A perspectiva seria diversa se tratássemos das relações entre empresas e consumidores, e não exclusivamente daquelas entre empresas. Muitas vezes, na economia de massa, as tendências irracionais de comportamento das pessoas colocam-lhes em situações de fragilidade e clamam a tutela do ordenamento. O pressuposto das relações empresariais é diverso daquele consumerista: a empresa deve atuar de forma diligente, bem cuidando de seus negócios. Ao dedicar menos tempo ou investir menores recursos na tomada de certa decisão, a empresa assume *riscos*. As coisas podem andar a bom termo, e ter-se-á economizado dinheiro. Todavia, tudo pode andar mal e o agente econômico será chamado pelo direito a arcar com as conseqüências de seus atos.

4.9.1 *Excessivo otimismo*

A maioria dos seres humanos é *excessivamente otimista* e acredita que o pior não vai acontecer, ou que são muito maiores as probabilidades de algo desagradável atingir os outros e não a si. Trata-se de tendência presente na formação dos contratos empresariais, abordada em capítulo específico. A empresa tende a agir como se, no futuro, tudo fosse dar certo e deixa de tomar medidas que melhor assegurariam seus direitos.

4.9.2 *Excessiva autoconfiança/self-serving bias*

Diante de algo desagradável, o ser humano convence-se rapidamente de que agiu adequadamente e de que a responsabilidade pelo desastre é do

19. A economia comportamental pode trazer valiosos “insights” à interpretação contratual. Contudo, há riscos a serem considerados. Vale a análise da crítica à aplicação aos contratos da *behavioral economics*, elaborada por LARRY DI MATTEO e outros [Visions of contract theory. *Rationality, bargaining and interpretation*, 50 e ss.].

outro, e não sua. Tendemos a atribuir nosso sucesso a nós mesmos e as falhas e problemas à culpa dos outros [“self-serving bias”].

No relacionamento entre as empresas, essa tendência mostra-se bastante forte; é incomum ouvir: “Nós erramos”. Muitas vezes, os executivos não estão faltando com a sua verdade quando negam sua culpa, pois *efetivamente* não se enxergam culpados. As pessoas são motivadas a manter sua autoestima e seus empregos. No mundo corporativo, a admissão do erro gera responsabilidades, penalizações e reprovação dos demais, ainda que o engano seja coletivo. A capacidade do ser humano de se autoconvencer de que agiu corretamente é muito acentuada.

4.9.3 Hindsight bias

Uma vez acontecido o fato, tende-se a crer que o evento seria mais previsível do que se mostrava no passado. “Eu sabia que isso iria acontecer”, diz-se em linguagem coloquial. Nossa memória tende a selecionar os acontecimentos pretéritos que sustentam a situação que enfrentamos no presente.

4.9.4 Falso consenso

Tendemos a acreditar que os outros assemelham-se e pensam como nós, transcurando suas verdadeiras características e assumindo pressuposições de comportamento futuro que se mostram equivocadas.

4.9.5 Persistência na decisão

Decisões implicam comprometimento e/ou investimento de tempo e recursos. Uma vez que decidimos tomar certa estrada, é-nos difícil voltar atrás. Daí existir um “*status quo bias*”, que impele a pessoa a se manter na situação em que se encontra, salvo se o incentivo da mudança for compensador.

4.9.6 Reciprocidade

Tendemos a responder a uma ação positiva com outra ação positiva. Se agimos de boa-fé, esperamos que os outros façam o mesmo. A ideia de reciprocidade auxilia a compreensão da manutenção das regras sociais. Alguns autores apontam que a reciprocidade é um viés tão forte dos humanos que tendemos a nos sentir obrigados a devolver uma gentileza, mesmo se a outra pessoa não nos agrada. Em português, a palavra que pronunciamos quando

alguém nos faz um favor [“obrigada” ou “obrigado”] significa que estamos obrigados à retribuição.²⁰

Em negociações e renegociações de contratos, esperamos que haja “concessões recíprocas” e não que apenas uma parte ceda. Durante a vida do contrato, se julgarmos que estão se comportando corretamente, as empresas nutrem expectativa de que a outra parte também o faça. Se fazem concessões, esperam retorno em igual moeda.

Quando essa reciprocidade se rompe, a tendência é que seja turvada a fonte de obrigações contratuais, comprometendo a adaptação do negócio a novas circunstâncias que se apresentam ao longo da relação.

4.9.7 Aversão à iniquidade

Preferimos aquilo que achamos justo; sentimo-nos bem se acreditamos ser correto o que está sendo feito. Isso nos leva à predisposição de sancionar aqueles que agem em desconformidade com o previsto/adequado, mesmo que o processo de imposição da sanção traga-nos algum custo.

Experimentos têm demonstrado que, sentindo-se injustiçadas, as pessoas aceitam ter algum prejuízo, desde que o “violador” acabe suportando prejuízo maior.²¹

4.9.8 Tendência de pertencer a grupos

Somos seres sociais. Nossa sobrevivência como espécie obrigou-nos a interagir em grupos; sentimos necessidade de ser parte de algo maior. Assim como temos o instinto egoísta de autopreservação, vivemos o impulso da colaboração. Pertencer a grupos nos faz sentir melhores e maiores. Qual seria a explicação para as disputas e provocações entre nossos estudantes durante os Jogos Jurídicos?

As pessoas envolvem-se com projetos e pontos de vista das instituições/entes/grupos aos quais pertencem. Quem assistiu a uma [muitas vezes

20. Sobre a importância da reciprocidade para a colaboração, v. ROBERT AXELROD, *Evolution of cooperation*. O mote central é que “a strategy based on reciprocity can thrive in a world where many different kinds of strategies are being tried” [21].

21. “Participants regularly choose to forgo a small gain in order to impose a larger loss on someone they consider to have unfairly overreached. That is, the sometimes pay happily just to see someone else pay more” [OWEN JONES, *Time-Shifted Rationality and the Law of Law’s Leverage*, 1155].

constrangedora] reunião motivacional de grupos de vendas bem conhece esse fenômeno.

De forma mais velada e elegante, essa tendência aparece na dinâmica dos contratos empresariais. As equipes das empresas não raro agem como times e aglutinam-se em torno de visões comuns, tendentes a proteger os interesses do grupo ao qual pertencem. Administradores hábeis sabem como incentivar esse tipo de efeito. As partes do contrato dividem-se entre “nós” e “eles”.

4.9.9 Endowment effect

Tendemos a estimar mais o que é nosso, atribuindo-lhe maior valor. Aceita-se com mais facilidade perder o que não se tem, isto é, deixar de ganhar, do que ver algo retirado de nosso patrimônio. Perder é bem pior do que não ganhar.

4.9.10 Senso de justiça

Os seres humanos pretendem ser tratados com lealdade e tendem a proceder com reciprocidade em relação àqueles que agem honestamente. “As pessoas importam-se em serem tratadas de forma justa e querem tratar os outros de forma justa, se os outros estão se comportando de forma justa”.²² É o que os economistas comportamentais chamam de egoísmo limitado ou “bounded self-interest”.

4.9.11 Ancoragem/excessivo foco

Tendemos a nos fiar na informação que possuímos e dominamos, deixando de buscar ou desprezando outras que se apresentam. Focamos em determinado aspecto da situação, desprezando outros igualmente importantes.

O fenômeno da ancoragem tem a ver com a tendência de permanecer atado à impressão inicial. Incorpora-se a primeira informação recebida e as decisões posteriores tendem a nela basear-se. No campo jurídico, alguns estudiosos apontam que os valores das indenizações atribuídas às partes nos processos manteriam relação com o quanto foi por elas pleiteado. Quem pede mais, tende a receber mais.²³

22. “People care about being treated fairly and want to treat others fairly if those others are themselves behaving fairly” [CRISTINE JOLLS, CASS SUNSTEIN and RICHARD THALER, *A behavioral approach to Law and Economics*, 1479].

23. Para uma referência a esses estudos, CHRISTOPHER R. DRAHOZAL, *A Behavioral Analysis of Private Judging*, 110 e 111.

VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

SUMÁRIO: 5.1 A necessária busca dos traços comuns dos contratos mercantis – 5.2 Escopo de lucro – 5.3 *Pacta sunt servanda* – 5.4 Limitações à autonomia privada – 5.5 O norte do contrato: sua função econômica – 5.6 Segurança e previsibilidade – 5.7 Agentes econômicos “ativos e probos” – 5.8 Boa-fé nos contratos empresariais – 5.9 Confiança nos contratos empresariais – 5.10 Usos e costumes: 5.10.1 Globalização e usos e costumes – 5.11 Custos de transação – 5.12 Contratos e necessidades dos agentes econômicos – 5.13 Contrato como instrumento de alocação de riscos – 5.14 Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico] – 5.15 Oportunismo e vinculação – 5.16 Racionalidade limitada – 5.17 Incompletude contratual – 5.18 Desvio de pontos controvertidos – 5.19 Ambiente institucional – 5.20 Tutela do crédito – 5.21 Egoísmo do agente econômico – 5.22 Forma nos contratos empresariais – 5.23 Contrato e informações – 5.24 Informação e oportunismo [relação “principal/agente”] – 5.25 Modificação do comportamento pós-contratual [*moral hazard*] – 5.26 Aumento da dependência econômica pelo contrato – 5.27 “Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda” – 5.28 Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica?

5.1 A necessária busca dos traços comuns dos contratos mercantis

O estudo dos contratos empresariais desde a perspectiva do mercado – i.e., do contexto que lhes dá força e sentido – exige sua consideração como *categoria unitária e autônoma*, afastando-se a análise truncada, tipo a tipo, que costuma ter lugar.

Essa reflexão *global* sobre os negócios mercantis somente se mostra possível mediante a prévia identificação dos *traços peculiares* que imprimem mecânica *comum* a todos eles, ou seja, de diretrizes içadas do *funcionamento próprio* ao sistema do direito comercial. Em outras palavras, é preciso identificar e analisar as semelhanças que os contratos comerciais guardam entre si para que possamos compreender [i] as peculiaridades e o funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos, bem como [ii] o impacto que causam na dinâmica do mercado, influenciando-a e sendo por ela influenciada.¹

Vejamos algumas dessas diretrizes.

1. Algumas dessas características não são exclusivas dos acordos comerciais, servindo à explicação de outras espécies de negócios. Entretanto, em razão da importância

5.2 Escopo de lucro

Nos contratos empresariais, ambos [ou todos] os polos são movidos pela busca do lucro, têm sua atividade – toda ela – voltada para a perseguição de vantagem econômica.

Como observado no capítulo primeiro, o escopo de lucro é a principal característica dos contratos empresariais. Ao contrário do que ocorre com os contratos consumeristas, nos contratos empresariais, a *economicidade final dos comportamentos de todos os partícipes* imprime-lhes características singulares, que refletirão nos negócios por eles engendrados.²

Talvez a onerosidade³ seja o atributo dos contratos mercantis mais destacado pela doutrina, que sempre os encarou como forma de obter proveito econômico.⁴

da intensidade que assumem no campo empresarial, não poderiam deixar de ser citadas.

2. Com razão, adverte FABIO ULHOA COELHO: “Quem escolhe o direito comercial como sua área de estudo ou trabalho, deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor – para o estudioso e profissional do direito, para os empresários e para a sociedade – que ele dedique seus esforços a outra das muitas e ricas áreas jurídicas” [*Curso de direito comercial*, v. 1, 27].
3. Por contratos onerosos devemos entender aqueles em que ambas as partes suportam um sacrifício [depauperamento] patrimonial [prestação a ser adimplida], a que corresponde uma vantagem [contraprestação que será recebida]. Sacrifício e vantagem estão em relação de equivalência, mesmo que meramente subjetiva [MESSINEO, *Teoria generale del contratto*, 238]. Explica DARCY BESSONE: é oneroso o contrato que onera as duas partes [*Do contrato*, 74]. O escopo de lucro é diverso da onerosidade do contrato. O primeiro é uma característica da *parte*, que atribui sentido à sua atuação e confere unicidade a sua atividade. A onerosidade é atributo do *contrato* em que ambos os contratantes devem auferir proveito.
4. “Os contratos comerciais são sempre onerosos, pois, tendo invariavelmente o comerciante intuito de lucro nas operações que pratica, não se admite possam existir contratos comerciais a título gratuito” [FRAN MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, 77]. Nas sempre elegantes palavras de INGLEZ DE SOUZA: “Como não existe acto de commercio sem intuito de lucro, é claro que ninguém pode fazer um contracto mercantil sem ter em vista o lucro, e portanto sem obrigar a outra parte a um onus. Todo contracto commercial repousa sobre este postulado: o contracto é feito com o intuito de lucro, e como o lucro suppõe o onus da obrigação, o onus é da essencia da obrigação mercantil” [*Direito commercial*, 118].

A empresa não atua no mercado por outra razão que não a obtenção de lucro;⁵ pode-se legitimamente supor que a celebração dos contratos interempresariais dá-se porque todas as partes acreditam que seus interesses estão sendo satisfeitos.

O fim lucrativo é a característica fundamental a partir do qual se desdobram as demais peculiaridades dos negócios mercantis, sendo o contrato um instrumento para atingir esse fim maior. Não fosse dessa forma e a lógica que marca as transações empresariais mostrar-se-ia diversa, pois as partes seriam impelidas pela busca da satisfação de outras necessidades.

Isso não significa necessariamente a adoção de comportamento predatório pela empresa, pois questões como a preservação da relação comercial e a construção de boa imagem influenciam a luta pelo proveito econômico. Muitas vezes, como veremos no próximo ensaio, a atitude leal ou colaborativa mostra-se a alternativa mais indicada para a realização do escopo maior visado pelo agente: o êxito de sua atividade econômica, globalmente considerada.

5.3 *Pacta sunt servanda*

A força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas.

Se lhes fosse permitido, os agentes econômicos valer-se-iam dos contratos para vincular apenas seus parceiros comerciais, e nunca a si próprios. No momento inicial, as partes creem que o negócio ser-lhes-á vantajoso; todavia, com o passar do tempo, é possível que o vínculo deixe de interessar a uma delas. Nasce o anseio de se livrar da amarra contratual para seguir outro caminho.

Partindo dessa premissa, compreende-se a importância sistêmica da força vinculante dos contratos; na sua ausência, seria impossível a coibição do descumprimento da palavra empenhada e o desestímulo de comportamentos oportunistas prejudiciais ao tráfico. O princípio do *pacta sunt servanda* mostra-se necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos.⁶

5. Exceção feita às sociedades de economia mista e às empresas públicas, instrumentos de ação do Estado, que possuem escopos além do mero proveito econômico. Sobre essa questão e o escopo lucrativo das empresas, cf. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, v. 1, 34 e ss.

6. O princípio do *pacta sunt servanda* desdobra-se, segundo ROPPO, em dois corolários, igualmente importantes para o direito mercantil: [i] o contrato não se desfaz por vontade de um dos contraentes, pois não é dado à parte liberar-se do vínculo que não mais lhe interessa; [ii] o regramento contratual não pode ser modificado por apenas uma das partes, exigindo-se o consenso [*Il contratto*, 533 e 534].

Em suma: o funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados.⁷ O dogma da força obrigatória dos contratos – ou melhor, do respeito à palavra empenhada – é a base da vida em comunidade e, por isso, perpassa todas as civilizações, como advertiu JOSSERAND. ATIYAH referir-se-á ao direito dos contratos como um “direito universal”. Os contratos, mais do que uma categoria atemporal, escrevem-se na história das civilizações. Pode-se discutir se a concepção de propriedade é inerente ou não à vida em sociedade e mesmo ao ser humano. O mesmo não ocorre com a força obrigatória da palavra. Sem o seu respeito, o progresso da raça humana seria impossível.⁸

Nos últimos tempos, algumas vezes têm erroneamente difundido que os juízes brasileiros não respeitariam os contratos, como se os magistrados ansiassem por meter suas penas nos ajustes privados, substituindo a vontade das partes no que tange a preços e condições. Essa não é a regra no direito empresarial. Ao contrário, percebe-se grande preocupação dos julgadores em manter os pactos, dotando o mercado de segurança e de previsibilidade. Os exemplos são inúmeros, valendo destacar os seguintes julgados:

“A demanda versa, basicamente, sobre empresas de grande porte e o negócio versava milhões de reais. Não há margem para o reconhecimento de vulnerabilidade ou de hipossuficiência na negociação, não há desequilíbrio a justificar intervenção judicial no negócio. Nessas situações, tem plena incidência o que restou pactuado, porquanto expressa a manifestação de vontade dos representantes das sociedades”⁹.

“Primeiramente, frisa-se a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso em tela, ante a circunstância de a Apelante ter contratado, ainda que tacitamente, serviços de publicidade com a finalidade do incremento de suas atividades empresariais. Nesse sentido, não sendo a destinatária final do serviço prestado, o qual se qualifica como meio para o fomento da captação de potenciais clientes, devem ser aplicadas

7. Há autores, ligados principalmente à Escola de Chicago, que não concordam com essa premissa, advogando uma *efficient breach of contract*, ou seja, que a parte deveria ser autorizada a quebrar o contrato e a pagar a correspondente indenização nos casos em que esse comportamento fosse economicamente mais eficiente do que o adimplemento da obrigação [cf. POSNER, *Economic analysis of law*, 117]. Para comentários sobre essa teoria, v. DANIEL FRIEDMANN, *The efficient breach fallacy*, e RICHARD CRASWELL, *Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach*.

8. ALAIN SUPIOT, *Homo juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, 137 e ss.

9. Apelação nº 0005452-31.2013.8.26.0100, julgada em 14 de dezembro de 2016 pelo TJSP, com a relatoria do Des. Carlos Alberto Garbi, fl. 11.

as regras dos Contratos Empresariais em geral para dirimir a presente celeuma. [...]

Neste sentido, preenchidos os requisitos legais do artigo 104 do Diploma Civil, não se pode falar em nulidade do Negócio Jurídico entabulado quanto a quaisquer vícios de consentimento ou representação, devendo prevalecer o velho brocardo ‘pacta sunt servanda’¹⁰.

“O fato então é que, não permitindo os contratos empresariais serem tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo, prevalentes os princípios da autonomia de vontade e da força obrigatória das avenças, de rigor a observância da livre vontade manifestada pelas partes contratantes, e isso ainda que o Código Civil de 2002 tenha submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais, posto que isso não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais, de modo que a interpretação pressupõe o comportamento adotado pelas partes ao tempo da formação do ajuste, mantida assim tanto a segurança como a previsibilidade jurídica”¹¹.

“[A] força obrigatória dos contratos é o contraponto da liberdade contratual. Se o agente é livre para realizar qualquer negócio jurídico dentro da vida civil, deve ser responsável pelos atos praticados, pois os contratos são celebrados para serem cumpridos (pacta sunt servanda). A necessidade de efetiva segurança jurídica na circulação de bens impele a idéia de responsabilidade contratual, mas de forma restrita aos limites do contrato. O exercício da liberdade contratual exige responsabilidade quanto aos efeitos dos pactos celebrados. [...]O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia”¹².

“[N]os contratos mercantis, os contratantes são empresários que exercem atividade econômica profissionalmente, sendo essencial ‘assegurar a necessidade dos agentes econômicos de segurança e previsibilidade em

10. Apelação nº 1084684-41.2014.8.26.0100, julgada em 19 de abril de 2017 pelo TJSP, com a relatoria do Des. Penna Machado, fls.4-6.
11. Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586, julgada em 29 de janeiro de 2014 pelo TJSP, com a relatoria do Des. Henrique Rodrigo Clavio, fl. 7.
12. Recurso Especial n. 1.409.849 – PR, julgado em 26 de abril de 2016 pela Terceira Turma do STJ, com a relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, fls. 6-8.

suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato¹, por isso as pactuações empresariais, mesmo quando se mostram decisões de gestão empresarial equivocada, em regra, devem ser observadas, como resguardo à livre concorrência e à dinamização da economia”¹³.

5.4 Limitações à autonomia privada

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

A sociedade existe porque há trocas, isto é, porque os agentes econômicos podem buscar a satisfação de suas necessidades. “Não poderia durar muito uma sociedade em que se mantivesse invariável a distribuição dos bens existentes num dado momento”.¹⁴ Os contratos *instrumentalizam* esse processo, pois dão às empresas a oportunidade de escolher com quem contratar, como contratar e o conteúdo da contratação. A autonomia privada é viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento.¹⁵

Entretanto, ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja transações, o sistema jurídico cobra a legalidade de seu objeto. “O funcionamento de um sistema econômico prende-se à sua disciplina jurídica, variando conforme o teor e a medida das limitações impostas à liberdade de ação dos particulares”.¹⁶ O limite da liberdade de contratar é encontrado na *ilicitude* que as normas exógenas impõem a certos comportamentos, especialmente por conta do art. 104, II, do Código Civil.¹⁷⁻¹⁸

13. Decisão Monocrática do Recurso Especial n. 1.219.210 – RS, proferida pelo Min. Luis Felipe Salomão em 30 de abril de 2015, fl. 9.

14. EMILIO BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, v. I, 94.

15. Sobre os princípios constitucionais que formatam o mercado, v. PAULA A. FORGIONI, *Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. A formação jurídica do mercado brasileiro*.

16. ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 4.

17. FERRI destaca que a autonomia privada vai além da expressão de licitude ou de faculdade, implicando manifestação de um *poder*, do poder de criar normas jurídicas dentro dos limites postos pela lei [*L'autonomia privata*, 5].

18. De acordo com a linguagem de PONTES DE MIRANDA, “o direito limita a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados”. “[S]òmente dentro de limites prefixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica” [*Tratado de direito privado*, t. III, 55]. Os atos ilegais serão nulos. Sobre a evolução histórica dessa diretriz na Common Law, v. A.W.B. SIMPSON,

Por esse mecanismo, à praxe de mercado serão contrapostas “imprescindíveis exigências de salvaguarda dos valores fundamentais reconhecidos e promovidos em cada ordenamento”.¹⁹ As disposições cogentes desenham um “espaço de soberania” moldado conforme os valores fundamentais que presidem o sistema. “Portanto, não podem ser afastadas no exercício da autonomia privada”.²⁰⁻²¹

Para esclarecer o espaço aberto pelas regras exógenas à liberdade de contratar, PONTES DE MIRANDA vale-se da imagem de uma rede. Entre as linhas “traçadas pelas regras jurídicas cogentes”, os agentes econômicos podem livremente mover-se. É o “espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídicos tais vontades”. A chamada “autonomia da vontade, o autorregramento, não é mais do que ‘o que ficou às pessoas’”.²²

Com o passar do tempo, o nicho da liberdade de contratar diminui, premido por traços provenientes de novos ramos do direito, como o consumerista, o concorrencial, o ambiental; preocupações de índole social e políticas públicas represam-na cada vez mais. Não obstante, a liberdade de contratar segue presente em nosso sistema, garantida pela Constituição do Brasil, servindo à satisfação das necessidades de cada um e de todos e ao sistema de mercado. “A gênese que os negócios jurídicos costumam ter no terreno social” – é BETTI quem afirma –, “de acordo com a necessidade de circulação dos bens, mostra, claramente, que eles germinam da iniciativa privada e são, essencialmente, actos por meio dos quais os particulares procuram satisfazer a necessidade de regular por si mesmos os seus interesses nas relações recíprocas: actos de autodeterminação, de autorregulamentação dos seus próprios interesses”.²³

A análise preconceituosa da evolução da teoria geral dos contratos acabou ofuscando a compreensão do princípio da liberdade de contratar e do *pacta*

A history of the common law of contract, 506 e ss. V., ainda, estudo de ANTONIO ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*.

19. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti*, 25.

20. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti*, 26.

21. Na dicção de BETTI, “[s]e os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças à sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses, a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos, de acordo com a relevância social, tal como ela a compreende, de harmonia com a socialidade da sua função ordenadora. Efectivamente, é óbvio que o direito não pode dar seu apoio à autonomia privada para a consecução de qualquer escopo que ela se proponha atingir” [*Teoria geral do negócio jurídico*, t. I, 104-5].

22. *Tratado de direito privado*, t. III, 54.

23. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I, 91-2.

sunt servanda no âmbito do direito comercial. A doutrina clássica prega que o negócio seria sempre justo, porquanto “se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. [...] Sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e bons costumes”.²⁴ Na síntese de CAIRU:

“Todo o Contracto em que ha igualdade e rectidão, isto he, que está em grao, ou circunstancias de poder dar a ambas as partes igual lucro ou damno, correndo ambos a sorte de perder ou ganhar, deve-se considerar racional, proporcionado e justo. [...] Por tanto elle se deve guardar ainda simplesmente ajustado de palavra. E nada abona tanto, e dá credito a qualquer negociante da Praça, que a lealdade, inviolabilidade e pontualidade ou religioso cumprimento da palavra, contracto e fé dada”.²⁵

Entretanto, por conta da intervenção do Estado na economia, a partir do segundo pós-guerra, a doutrina depara-se com o fenômeno da *publicização do direito privado*, com “l’evolution contemporaine du droit commercial vers le droit public”. “Du principe le la liberté contractuelle on est passé à celui d’une intervention législative sans cesse plus marquée”.²⁶

Os contratos da *economia dirigida*, com forte intervenção estatal, e os *negócios de adesão* oferecem extensão bem menor à liberdade de contratar. Os autores de então se perguntam o que fazer com os *contratos coletivos* [*contrat collectif*] e com os *contratos coativos* [*contrat forcé*], proclamando o *éclatement* dos contratos tradicionais.²⁷ Com efeito, “[c]ar les contrats sont moins consi-

24. DARCY BESSONE, *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*, 101. A explicação de ORLANDO GOMES é precisa: “A moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção. O conjunto das ideias então dominantes, nos planos econômico, político e social, constituiu-se em matriz da concepção do contrato como consenso e da vontade como fonte dos efeitos jurídicos, refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo” [*Contratos*, 7].

25. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, 471.

26. JEAN ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, 577.

27. Cf. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*.

28. SAVATIER apregoa que “[l]e droit libéral des contrats n’est plus”, enquanto que o contrato “continue à forger le droit que nous vivons” [26]. Ou seja, não é o contrato

dérés, aujourd'hui, comme une libre construction de la volonté humaine que comme une contribution des activités humaines à l'architecture générale de l'économie d'un pays, architecture que l'État actuel entend maintenant diriger lui-même".²⁸

Com exagero, chega-se a sentenciar “a morte do contrato”,²⁹ porque se teria posto em xeque o antigo dogma da liberdade plena – e da expressão da vontade – como seu fundamento. De que forma seguir sustentando que “[o] contrato encerra concurso das vontades de duas pessoas”,³⁰ quando não mais se lograva vislumbrar a vontade na formação dos negócios e na produção de seus efeitos?³¹

Passada a agitação da última metade do século XX, é necessário lançar olhar mais sereno e lúcido sobre a realidade, digerindo os resultados de período histórico no qual, muitas vezes, deu-se mais importância à exceção do que à regra.

O fenômeno da intervenção do Estado na economia foi assimilado, embora restem intensos debates sobre sua conveniência e oportunidade. O direito do trabalho consolidou-se. Os contratos de adesão tornaram-se cada vez mais frequentes, com o advento da automação e da *Internet*. Os contratos com consumidores destacaram-se, dando origem a novo ramo do direito. Desenvolveu-se a compreensão da contratação obrigatória de serviços públicos pela população. A existência de contratos coativos não mais assombra.

que desaparece, mas seu modelo baseado no direito liberal e individualista. Vale ainda destacar os principais sinais desse declínio, segundo o mesmo autor: [i] o espriar de contratos coletivos e coativos; [ii] a determinação dos efeitos dos contratos não pela vontade das partes, mas pela lei; e [iii] a substituição dos contratos por “relações”. Assim, ao invés do “contrato de trabalho” temos, na verdade, a “relação de trabalho”. “Ici, à la vérité, le contrat disparaît. Il périt. On met autre chose à sa place” [30]. SAVATIER nota o fenômeno dos consumidores, que obrigam a modificação da figura do contrato: “Ici encore, le contrat change de figure” [33].

28. RENÉ SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 53.

29. Cf. GRANT GILMORE, *La morte del contratto*, e comentários de EROS ROBERTO GRAU e nossos sobre o texto de GILMORE em Ainda um novo paradigma dos contratos?. Na mesma linha, cf. P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, especialmente 716 e ss.

30. POTHIER, *Tratado das obrigações pessoas e reciprocas*, 5.

31. Anota ORLANDO GOMES que “[a] política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o contrato, na sua cidadela, ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão da liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato” [*Contratos*, 9].

A doutrina acompanhou essas transformações gerais, indicando a emersão de nova visão para os negócios jurídicos.³² Ultrapassa-se o excessivo individualismo, protegem-se os trabalhadores e os consumidores e, nessa medida, propaga-se a ideia do “bem comum” e as “razões de utilidade social” proclamadas por DE PAGE.

Paralelos a todo esse movimento [e por ele às vezes impactados], seguem os contratos entre empresas, ou seja, entre agentes econômicos que hão de ser presumidos diligentes e probos. Os autores que trataram daquela nova visão do contrato tinham em mente questões hoje relacionadas ao direito econômico [intervenção do Estado na economia], ao consumerismo e ao direito do trabalho – e não os negócios interempresariais.

No direito mercantil, mostram-se evidentes os princípios do *pacta sunt servanda* e da *liberdade de contratar* na orientação dos vínculos jurídicos.³³ A “ideologia do contratualismo” desvenda sua função: “favorecer a circulação dos bens que são objeto de propriedade”, de forma que ele “é, por isso mesmo, o ‘centro da vida dos negócios’, o instrumento por excelência da vida econômica”. Há uma “função ideológica” nos contratos, que os fazem servir ao mercado e “proteger melhor determinados interesses”.³⁴

Isso não significa que a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial, ela se põe como *limitada* [lembre-se, por exemplo, da necessidade de controle das externalidades negativas e de incentivo das po-

32. No Brasil, ORLANDO GOMES foi a voz que pioneiramente levantou-se contra a concepção tradicionalista dos contratos. Indispensável a leitura de suas obras *Contratos, A crise do direito e Transformações gerais do direito das obrigações*. A literatura estrangeira nesse tema é extensa, valendo referir os escritos que encontraram maior repercussão no Brasil: de GEORGES RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, bem como *Aspects juridiques du capitalisme moderne* e *La règle morale dans les obligations civiles*; LEON DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*; JOSSEFAND, *De l'Esprit des droits et de leur relativité*; SAVATIER, *Du droit civil au droit public* e *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*; PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* e *Diritto privato e processo economico*.

33. Na opinião de ROY GOODE, “hoje é moda subestimar o contrato e falar de seu declínio e da sua morte”. O âmbito do direito contratual restringiu-se com a expansão do comércio diretamente pelo Estado, bem como com o processo de nacionalização – haveria, assim, a restrição do direito privado em favor do direito público. Esse quadro teria sido alterado com as privatizações: “O contrato está reflorescendo e com pouquíssimas restrições, excetuando-se os setores da concorrência, dos serviços financeiros e dos consumidores” [*Il diritto commerciale del terzo milenio*, 50].

34. As expressões são de ORLANDO GOMES, *Direito e ideologia*.

sitivas]. Porém, é inegável que, de todas as áreas do direito, aquela empresarial mostra-se a arena na qual a liberdade econômica assume quadrantes mais largos.

A liberdade de contratar e a autonomia privada no direito mercantil, até por força do art. 131 do Código Comercial, sempre foram *objetivadas* pelo mercado, e não baseadas na vontade individual, desconectada da realidade.

Passado o vendaval – e solidificada a superação do excessivo individualismo contratual do século XIX –, verificamos que os contratos mercantis seguem com sua lógica peculiar, viabilizando o fluxo de relações econômicas e a interação entre as empresas.

O desprestígio que atingiu a autonomia privada e a liberdade de contratar em outros ramos não se fez sentir da mesma maneira no direito mercantil, embora poucos se tenham dado conta disso. Para comprovar essa assertiva, basta deitar os olhos na moderna jurisprudência comercial brasileira, que reafirma esses princípios no mundo empresarial.³⁵

5.5 O norte do contrato: sua função econômica

As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade. Ao se vincular, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica.

A que vem determinado negócio? Qual a necessidade econômica das partes que ele visa a satisfazer?

Eis questões centrais da concepção, desenvolvimento e interpretação dos contratos interempresariais. “As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade”,³⁶ mas em vista de determinado *fim* que, no campo do direito empresarial, ser-lhes-á potencialmente *vantajoso*. Em qualquer hipótese, a contratação terá um objetivo, almejado *em conjunto* pelas empresas, isto é, *todo negócio tem uma função econômica* e nessa função encontra sua razão de ser.

35. Como exemplo, tome-se o seguinte julgado: “Em matéria contratual, prevalecem as regras livremente pactuadas, em consonância com o clássico princípio expresso no brocardo latino: *pacta sunt servanda*” [REsp 111.971/BA, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 14.12.1998, relator Min. NILSON NAVES].

36. No original: “Le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento delle quali entrano reciprocamente in rapporto” [GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 188]. Vide, ainda, sobre o tema, PAULA A. FORGIONI, A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro.

Repita-se: nenhum empresário contrata sem escopo, mas porque pretende obter determinado resultado que acredita ser-lhe benéfico.

A consideração da função econômica do contrato leva-o à proximidade com o *mercado*. Vale retomar algumas lições de BETTI,³⁷ destacando, de início, que esse autor tinha por evidente inspiração contestar o *subjetivismo* e o *individualismo* dominantes na doutrina privatista de sua época. Para ele, a aproximação do negócio com o “social” [i.e., com a prática da circulação mercantil] significava distanciá-lo desse subjetivismo/individualismo que procurava repelir.

O ato que leva à contratação exige *justificação objetiva*, cujo reconhecimento reclama a adoção de perspectiva dinâmica [e não estática] da autonomia privada. Para a compreensão do acordo, é necessário deixar de considerar apenas a letra fria do instrumento [i.e., sua *estática*] e passar a admitir que as partes, valendo-se da autonomia privada, lançam mão dos contratos para consecução de *certos fins*. Ou seja, indo além de sua *dimensão escrita*, o negócio jurídico há de ser visto como *meio empregado* pelas partes na concreção de seus escopos.

Ainda segundo BETTI, a adoção dessa perspectiva requer *sensibilidade social*, pois a visão objetiva envolve a consideração da dimensão “social” [hoje, diríamos do mercado], distanciando-se do “individualismo dos juristas”.

O conteúdo do negócio não é uma vontade qualquer, incolor expressão do vazio individual, mas preceito da autonomia privada, vinculado aos interesses que movem as partes nas relações que estabelecem entre si e com terceiros. Trata-se de ato ligado à circulação mercantil e por ela objetivada.

A vontade das partes tem em vista “*escopos práticos de caráter típico, socialmente valoráveis por sua constância e normalidade, recorrente na vida da relação* [...] [T]odo negócio tem uma razão prática típica e a ele imanente, um interesse social objetivo e socialmente controlável, a que deve atender”.

Concluindo: a *função econômica* do negócio, indispensável para sua correta compreensão,³⁸ liga-se à “circulação dos bens e dos serviços” [perspectiva objetiva] e não ao *subjetivismo das partes*. Se os contratos empresariais visam

37. As expressões entre aspas encontram-se em sua obra *Teoria geral do negócio jurídico*, especialmente 86 e 107.

38. “É importantíssimo para a interpretação [...] conhecer os fins econômicos que as partes tinham em vista ao contratar; o direito ampara a consecução desses fins e, portanto, o juiz, para poder conceder a devida proteção do direito ao negócio jurídico, ou à declaração de vontade de que se trata, tem de começar por conhecer exatamente aqueles fins” [DARCY BESSONE, *Do contrato*, 174].

sempre ao lucro, é impossível concebê-los distanciados da *necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer*, ou seja, à sua *função econômica*.

5.6 Segurança e previsibilidade

Os contratos empresariais somente podem produzir riqueza em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas.

Quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por WEBER e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores do funcionamento dos contratos empresariais.

Na dicção de IRTI, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir: quem entra no mercado sabe que o seu agir [e o agir do outro] é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro. “[A] quele ‘prever’ ou antever, onde um sujeito confia no agir de outrem”.³⁹ A ordem diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem caráter de tipicidade e de uniformidade. A forma de uma ordem é dada por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes.

Mas a regularidade – a mesma regularidade que constitui a ordem – implica certa superação da individualidade. As partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade [autonomia privada] é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade [ou da “proteção externa”].⁴⁰ Há uma gama de negócios em que o sistema jurídico considera o intento individual do agente, após ser rebatido no caráter impessoal e mecânico do mercado.

Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anônima e repetida a que fizemos referência. Ambos os empresários planejam sua jogada e esperam que

39. *L'ordine giuridico del mercato*, 5-6. No original: “[Q]uel ‘prevedere’ o vedere prima, onde un soggetto confida nell’agire altrui”. Ainda sobre calculabilidade, racionalidade e funcionalidade, com perspectiva Weberiana, v. sempre de NATALINO IRTI, *Codice civile e società politica*, 22 e ss.

40. NATALINO IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, 22-23.

o outro aja de acordo com esse padrão “de mercado”. Não é desejável que seja dada ao contrato interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado [usos e costumes]. Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas.

LARENZ dá destaque à importância da segurança, da previsibilidade e da confiança no sistema jurídico: “Uma sociedade em que cada um desconfia do outro assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Onde se perdeu a confiança, a comunicação humana resta profundamente perturbada”.⁴¹ Sempre advertiram os comercialistas que um mercado que não dê guarida à boa-fé e à proteção da legítima expectativa da outra parte tenderia ao colapso, porque dificultaria o “gyro comercial” [CAIRU] ou a fluidez das relações econômicas. O direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de um comportamento que, embora possa não interessar ao empresário oportunista, permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo.⁴²

5.7 Agentes econômicos “ativos e probos”

Os agentes econômicos, em suas contratações, podem legitimamente presumir que a contraparte adotará comportamento semelhante àquele normalmente implementado pelos atores do mercado, pelos chamados agentes econômicos “ativos e probos”.

Se, no direito do consumidor, a presunção é a vulnerabilidade de uma das partes, no direito comercial parte-se da assunção oposta. Na dicção de CAIRU:

“[...] os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habéis, atilados, e perspicazes em seus negócios [...] Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circumspectos em seus tratos. [...]”⁴³

LEVIN GOLDSCHMIDT, um dos maiores historiadores do direito mercantil, advertia que os mercadores são “delle classi della popolazione economicamente meglio addestrate e più sagaci”.⁴⁴

41. *Derecho civil – Parte general*, 59.

42. Ainda sobre o tema da segurança e da previsibilidade, deve-se considerar a lição de MAX WEBER, explicada no capítulo sétimo quando tratamos da relação entre racionalidade jurídica e racionalidade econômica.

43. *Principios de direito mercantil e leis de marinha*, v. II, 504.

44. *Storia universale del diritto commerciale*, 13. GOLDSCHMIDT refere-se à “grande criação intelectual” dos romanos: o “uomo d'affari onesto [bonus vir], igualmente lontano

Por conta da adoção do padrão de comportamento do homem ativo e probo, ou dos “comerciantes cordatos”, o ordenamento jurídico autoriza a pressuposição de que o agente econômico, de forma prudente e sensata, avaliou os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vinculou-se. O sistema supõe que, naquele momento, o mercador entendeu que o contrato ser-lhe-ia vantajoso;⁴⁵ essa expectativa pode até restar frustrada – e aí reside o risco do negócio.

O agente econômico é caracterizado por uma “esperteza própria” que lhe faz atilado, capaz de atuar no mercado. Essa astúcia, contudo, não há de ser confundida com uma permissão de comportamento predatório. Surge, neste ponto, um dos principais problemas relacionados ao estudo dos contratos mercantis: como diferenciar o comportamento sagaz, próprio das empresas, daquele destrutivo, que há de ser repellido?

Voltemos à interessante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 1913. Um comerciante vendera sua loja a outro, acordando que não se restabeleceria na Rua da Consolação. Instalou-se, porém, em rua próxima. Haveria má-fé? Entendeu o Tribunal que não, porque a restrição territorial não fora acordada naqueles termos. O vendedor poderia ter limitado a zona de proibição do restabelecimento; não o fez à época do negócio e não o poderia fazer depois.⁴⁶

cosi dall'egoismo brutale, come dall'ultraterrena rinunzia a ogni mira personale”. Assim, “è piantato nel mondo delle lotte d'interesse un ideale, arduo bensì, ma raggiungibile, e vi è piantato come criterio applicabile immediatamente” [35].

45. Isso não afasta, em absoluto, a coibição do abuso da dependência econômica pelo ordenamento jurídico. Cf. PAULA A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, 343 e ss.

46. Na íntegra: “O Apelado explorava certo ramo de negócio á rua da Consolação, nesta capital. O Apelante, vendo-lhe a prosperidade, propoz-lhe a comprar-lhe o estabelecimento se ele quizesse tomar o compromisso de não abrir naquela rua negócio identico. A proposta foi bem acolhida, a transação foi ultimada e o compromisso foi assumido. O homem não tardou, porém, a mostrar ao seu successor que mereceria a prosperidade comercial que o favoreava. Era, de facto, da cabeça aos pés, um negociante esperto. Foi a uma rua próxima á da Consolação e abriu outro negocio... O comprador do negocio antigo pulou de raiva. Aquilo era mais do que uma deslealdade: era uma violação positiva ao compromisso assumido. ‘– Engano, meu amigo, puro engano, volveu o homenzinho com placidez. Nem uma cousa nem outra: nem deslealdade nem violação de compromisso... A que foi que eu me comprometi? Não fio a isto apenas: a não abrir na rua da Consolação negocio idêntico ao que lhe vendi?’ [...] ‘– Boa duvida! Que importa que não abra na rua da Consolação se abriu nas proximidades dessa rua? O transtorno que me causa é sempre o mesmo’. ‘– Perdão. É possivel que assim seja. Mas eu nada tenho com isso. A minha obrigação é apenas

A questão envolvida diz respeito ao *padrão de comportamento esperado do mercador*: no caso, o vendedor deve ser considerado “esperto” e o comprador desidioso ou, ao contrário, tratar-se-ia de atitude desleal, avessa às regras que devem presidir o tráfico? Qual solução é preferível tendo em vista a proteção do “interesse geral do comércio”?

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

5.8 Boa-fé nos contratos empresariais

A boa-fé nas contratações, instituto tradicional do direito mercantil, diminui os custos de transação, facilitando os negócios e estimulando o fluxo de relações econômicas.

A boa-fé é um dos mais tradicionais institutos do direito comercial; o estudo aprofundado de sua mecânica descortina as peculiaridades intrínsecas ao tráfico. Na dicção de JACQUES GHESTIN, “[l]a bonne foi, et la confiance qui en est le corollaire, apparaissent finalement, en termes d’analyse économique, come le principe des principes, irréplaçable das les relations contractuelles. Elle doit être au coeur de la pratique contractuelle”.⁴⁷

Evitando as armadilhas da definição de noções jurídicas que dão ampla margem à interpretação, reconheçamos que, *para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente*

a de respeitar o compromisso, e o compromisso é muito claro: “rua da Consolação, negocio do mesmo genero”. Não diz palavra sobre proximidades daquela rua’. [...] Foram a juízo. O Juiz, tanto o de primeira instancia como o Tribunal concordou com o negociante e repeliu a pretensão do outro. O compromisso só se referia à Rua da Consolação. Nada dizia quanto às suas proximidades. A abertura de novo negócio, em outra rua, embora proxima daquela, não o violou. Observaram, ainda, os srs. Ministros: ‘- Porque, no contrato, esse cidadão não falou tambem nas proximidades da rua da Consolação? Podia até marcar a zona dentro da qual ao outro não seria permitido comerciar... Não o fez! Quer fazer agora?’ Acórdão: Accordam em Tribunal de Justiça [...] confirmar, como confirmam, a sentença appellada [...]. Julgado em 13 de dezembro de 1913, por Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette” [as aspas que iniciam e findam as falas dos “personagens” foram por nós colocadas]. Os embargos, posteriormente opostos, foram rejeitados e o acórdão confirmado.

47. L’analyse économique de la clause générale, 186.

esperado dos “comerciantes cordatos”,⁴⁸ dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado [ou “em certo ambiente institucional”], sempre de acordo com o direito.⁴⁹ Trata-se, a toda evidência, da boa-fé objetiva.⁵⁰

Valemo-nos da percepção de LARENZ, para quem “[a] boa-fé exige que cada parte admita o contrato como ele há de ser entendido por contratantes honestos segundo a ideia básica e a finalidade do mesmo, tomando em consideração os usos do tráfico”.⁵¹

“Reciproca lealtà di condotta fra le parti”, como aponta a moderna doutrina italiana,⁵²⁻⁵³ direcionada à concreção da função econômica do negócio, dando lugar ao comportamento *colaborativo* em torno do fim comum. “Sintetizando, pode-se dizer que a boa-fé obriga as partes a comportarem-se – no âmbito da relação contratual – de modo a não prejudicar, ou melhor, a salvaguardar o

48. Na dicção de CAIRU.

49. Comentando o art. 131 do Código Comercial, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES assevera: “Essa regra objetiva de boa-fé, consagrada como critério exegético das convenções mercantis, partia da premissa de que, nos negócios, deveria prevalecer a regra da lealdade recíproca, destinada a imprimir segurança ao tráfico jurídico. Nessas condições, não caberia apurar se cada um dos contratantes se encontrava ou não de boa-fé ao contratar e executar o contrato: o intérprete deveria entender as disposições contratuais como exige a boa-fé ditada pelo ‘uso e prática geralmente observada no comércio, nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução’, como completava a alínea 5 do citado dispositivo da lei comercial. Ou seja, a boa-fé, sob essa perspectiva, independeria da avaliação anímica do agente, ao manifestar a sua vontade, cabendo apreciá-la com base num padrão de conduta médio, que legitimamente é de esperar do *vir bonus*, ou do *bonus pater familiae*, em circunstâncias similares” [Rompimento da boa-fé e conflito de interesses, 1.482].

50. O Regulamento 738, de 1850, determinava que não poderiam ser reconhecidos usos comerciais contrários à boa-fé e às “maximas commerciaes”, nos seguintes termos: “Art. 25. Só podem ser admittidas como usos mandados guardar pelo Codigo Commercial as praticas commerciaes a favor das quaes concorrerem copulativamente os dous seguintes requisitos essenciaes: 1.º serem conformes aos sãoos principios de bõa fé e maximas commerciaes, e geralmente praticadas entre os commerciantes do logar onde se acharem estabelecidas; 2.º não serem contrarias a alguma disposição do Codigo Commercial, ou lei depois delle publicada”.

51. *Derecho civil*, 745.

52. ERNESTO CAPOBIANCO, *Il contratto dal testo alla regola*, 126.

53. Na síntese de ROPPO, “[c]orrettezza” è solo una delle espressioni impiegate per spiegare il significato di buona fede. Ma se ne propongono altre: lealtà, cooperazione com controparte, sensibilità alle sua ragioni, salvaguardia dei suoi interessi, atteggiamento solidale nei suoi confronti” [*Il contratto*, 493].

razoável interesse da contraparte, quando isto não importe nenhum sacrifício considerável e injusto”.⁵⁴⁻⁵⁵

A boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia.⁵⁶ Ao contrário, indica a retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [*inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo*].⁵⁷ Ao se atrelar a um *standard* de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

Não existe mercado sem direito, sem regras que atribuam algum tipo de sanção [consequência positiva ou negativa] externa e organizada ao comportamento do agente. Quando uma empresa atua em um mercado, está sujeita a essas normas jurídicas.⁵⁸

A partir do momento em que a boa-fé [ou o respeito à boa-fé] é uma dessas variáveis, é tomada pelo agente como um dos fatores que pautará o seu comportamento dentro de uma racionalidade condicionada pelas “regras do jogo”. Para o desenvolvimento da confiança não é necessário que aquele agente tenha participado de jogadas anteriores em que tenha “aprendido” o comportamento conforme a boa-fé. Ao atuar em um mercado [juridicamente organizado], sabe-se de antemão quais os efeitos do descumprimento da norma, sem a ter que infringir. Ou seja, no mercado aprende-se com a experiência dos outros, ao contrário do que muitas vezes acontece em nossas vidas privadas. A “memória de experiência”, que é importante para a existência da confiança, não é atributo do indivíduo, relacionando-se ao processo de positivação da norma jurídica. É a norma jurídica – e não o indivíduo – que contém a “memória de experiência”.

Nessa perspectiva, o comportamento honesto não implica gasto e sim economia, tanto para o agente [que atuará conforme as regras] quanto para

54. VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, 497.

55. Alguns autores, destaca STEFANO TROIANO, defendem que o conceito de boa-fé deveria ser substituído pelo da “razoabilidade”, que seria um “conceito de síntese” entre o direito continental e o sistema de *common law*, “simbolo stesso dell’unificazione del diritto privato europeo” [*La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti*, 369 e ss.].

56. V. EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 330.

57. Nas palavras de DAVID CAMPBELL e HUGH COLLINS: “general clause inserts the implicit understandings and expectations of the parties’ specific epistemic community into the binding contractual undertakings” [*Discovering the implicit dimensions of contracts*, 33].

58. GUIDO ALPA, *Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*, 467 e ss.

o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade. Dessa forma deve ser para o direito, porque a sanção prevista desestimula o comportamento infrator.⁵⁹ Por fim, a boa reputação deve ser adquirida pelo agente, impelindo-o ao cumprimento das regras do mercado [i.e., ao respeito, à confiança e à boa-fé].⁶⁰ “La clausola di buona fede dovrebbe disincentivare i comportamenti che hanno come unico obiettivo il trasferimento di ricchezza e, nello stesso tempo, ridurre i costi necessari per difendersi dall’opportunismo”.⁶¹

Nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a “confiança” pode ser traída. A partir do instante em que a quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é esperado que normas jurídicas coajam os agentes econômicos a respeitá-las. Por isso, o sistema de direito comercial como um todo está voltado à tutela de princípios como a boa-fé objetiva e a confiança. *Negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos – porque não seria conveniente para as partes negociar nessa última situação.* Uma das funções do direito comercial é buscar a criação de um ambiente que torne as negociações compensatórias.

No sistema de direito comercial, a boa-fé permite e estimula a eficiência do agente econômico ao mesmo tempo em que exige [para o bem do tráfico mercantil] seja adotado o comportamento típico dos “comerciantes cordatos”, como dizia CAIRU. No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes,

59. Ou estimular o comportamento desejado, no caso de sanção premial. TEIXEIRA DE FREITAS percebia esse fato [*Consolidação das leis civis*]: “O que seria do direito, se a sanção da lei não assegurasse o seu livre desenvolvimento? Não partimos de um estado negativo, ou de injustiça, mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade de violação do direito reclama uma série de instituições protectoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inútil”.

60. Qual brasileiro não se lembra da irônica ponderação da zelosa mãe imaginada por ALUÍSIO AZEVEDO em *Livro de uma sogra*, 155, ao racionalmente escolher o melhor perfil de marido para sua amada filha no final do século XIX? Diz: “A honra do negociante é diferente da honra dos outros homens. O militar, por exemplo, que não solver uma letra no dia do vencimento, não fica por isso desonrado, como não fica desonrado o negociante que levar um par de bofetadas; mas, se invertermos os casos, tão desonrado fica um como o outro. Isso quer dizer que a chamada honra do negociante não reside, como a de toda a gente honesta, na consciência do respeito a si mesmo e na imputabilidade pessoal, mas no crédito abstrato da sua firma ou da sua casa de comércio [...]”.

61. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell’economia*, 345.

sob pena de desestabilização do sistema. O “erro de cálculo” do agente é um instrumento que premia a eficiência de outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com “consumerismo”, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.⁶²

A boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.

Há muito, advertia-se que a boa-fé é uma *garantia* dos contratos. Por todos, COELHO DA ROCHA:

“A boa-fé dos contractos exige, que cada uma das partes fique responsável á outra pelo bom e livre uso da cousa, ou prestação, que lhe dá ou, como vulgarmente se diz, – a fazer o contracto bom. – Esta responsabilidade constitue as garantias dos contractos [...]”⁶³

Prestando-se a aumentar a garantia dos contratos, o dever de respeito à boa-fé tende à diminuição dos custos de transação e ao incremento das relações econômicas.⁶⁴ A linha de raciocínio – baseada nas lições de

62. V. a análise de GUIDO ALPA acerca das posições doutrinárias de WIEACKER e MENGONI [*Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*, 953 e ss.]. Em suma, “il giudizio di buona fede consente una valutazione del comportamento delle parti alla stregua dei tipi di comportamento riconosciuti come norme sociali; l’equità invece consente al giudice di fare ricorso ad un potere più ampio, adattando il regolamento negoziale al fine di farvi penetrare esigenze di giustizia, tenendo conto delle circostanze peculiari del caso”.

63. *Instituições de direito civil*, v. 2, § 742.

64. Com efeito, se o comerciante Tício contrata com Caio a entrega de uma partida de algodão e tem a certeza de que o vendedor está se comportando de acordo com as regras da boa-fé, assiste-lhe maior segurança no negócio e, conseqüentemente, seus custos de transação podem ser dimensionados em um patamar inferior ao que seria esperado se contratasse com um comerciante não confiável. Por isso, diz-se que, no mercado, a difusão da boa-fé azeita o fluxo de relações e, por conseguinte, a eficiência do sistema. Aliás, a boa-fé, enquanto uma pauta a ser respeitada para viabilizar o funcionamento do mercado, é designio que há muito permeia o direito comercial. Voltemos ao texto do Alvará de 16 de dezembro de 1771, em que é posta a importância da boa-fé e dos bons comerciantes para os “negócios mercantis”: “[...] as decisões dos negocios mercantis costumão ordinariamente depender muito menos da sciencia especulativa das regras de Direito, e das Doutrinas dos Jurisconsultos, do que do conhecimento pratico, das Maximas, Usos e Costumes, que o manejo do Commercio, a necessidade, que ha de o livrar de embaraços, destructivos do seu continuo gyro; e a mutua, correspectiva da boa fé, que só tem por util, e solido

GOLDSCHMIDT,⁶⁵ WEBER⁶⁶ e IRTI⁶⁷ – é singela: os *momenti etici* [*Treu und Glauben, bona fides*]⁶⁸ ou *market ethics*⁶⁹ ampliam o grau de impessoalidade [ou *objetivação*] no mercado, pois possibilitam que os agentes econômicos dispensem menor atenção às características *específicas/subjetivas* da outra parte, concentrando-se na operação econômica em si.

Essa *impessoalidade* típica das relações do tráfico – que apenas se faz possível por conta da “ética de mercado” – *diminui os custos de transação*, indo ao encontro do “interesse geral do comércio”.

A boa-fé é o âmago do que J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, inspirado em GOLDSCHMIDT e em THOLL, chamou de *doutrina da prudência comercial*, “o modo de proceder no tráfico mercantil”, “o conjunto de princípios que ensinam a dar efeito a escopos lícitos somente mediante meios lícitos”.⁷⁰ “A boa fe é indispensável no commercio”; “A boa fe d’um negociante deve ser illibada”; “Nenhuma

fundamento dos seus interesses os verdadeiros, e bons Negociantes” [referida por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 210. O texto aqui transcrito foi compilado por VISCONDE DE CAIRU, *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, v. 2, 908].

65. “Poichè ogni diritto è il prodotto delle idee, spesso incoscienti, degli scopi [*utilitatis ratio*], quali sono determinati dalle opinioni e condizioni etiche ed economiche, nel diritto del rapporti universali prevale naturalmente di gran lunga la base economica, ma i momenti etici [*Treu und Glauben, bona fides*] hanno anche qui una parte propria di somma importanza” [*Storia universale del diritto commerciale*, 18].
66. “Within the market community every act of exchange, especially monetary exchange, is not directed, in isolation, by the action of the individual partner to the particular transaction, but the more rationally it is considered, the more it is directed by the actions of all parties potentially interested in the exchange. [...] Market behavior is influenced by rational, purposeful pursuit of interests. The part to a transaction is expected to behave according to rational legality and, quite particularly, to respect the formal inviolability of a promise once given. These are the qualities which form the content of market ethics” [*Law in economy and society*, 192].
67. Essa impessoalidade ou objetivação típica do funcionamento do mercado será, no final do século XX, explorada por NATALINO IRTI: “La forma di un ordine è data, appunto, da contegni tipici, ragionevolmente prevedibili e calcolabili dalle parti. [...] La regolarità, costitutiva dell’ordine, implica sempre il superamento dell’individualità. [...] Questo ritornare a riconoscersi delle azioni, strappate alla singolarità delle circostanze, esige sempre un fondamento di carattere oggettivo, una governata e controllata continuità [*L’ordine giuridico del mercato*, 5].
68. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, 18.
69. MAX WEBER, *Law in economy and society*, 192.
70. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, 33.

sociedade pode existir sem ella”; “A ma fe é a peste mortal do commercio”, proclama FERREIRA BORGES, com base em alvarás do séc. XVIII.⁷¹⁻⁷²

A partir do séc. XIV, vários estatutos dos mercadores na Idade Média impunham aos juízes o dever de sentenciar conforme a boa-fé, bem como prescreviam que os mercadores deveriam manter em boa-fé os contratos e as promessas recíprocas.⁷³

Mesmo antes, segundo alguns, os termos “boa-fé” e “equidade” teriam sido empregados para referir três condutas esperadas das partes contratantes, ainda que não expressamente acordadas: [i] cada uma deveria manter sua palavra; [ii] nenhuma deveria tirar vantagem da outra mediante sua indução em erro; e [iii] ambas deveriam pautar seu comportamento de acordo com as obrigações de uma pessoa honesta.⁷⁴

MENEZES CORDEIRO noticia que, no séc. XIX, as decisões do tribunal superior de apelação comercial das cidades de Lubeque, Hamburgo, Bremen e Frankfurt [*Oberappellationsgericht zu Lübeck*], embora de forma vaga, destacavam a boa-fé em sua “acepção objectiva pura”, exprimindo “um modo de exercício das posições jurídicas, uma fórmula de interpretação objectiva dos contratos ou, até, uma fonte de deveres, independentemente do fenómeno

71. *Diccionario juridico-commercial*, 204.

72. Em 1771, estatui o Alvará de 16 de dezembro: “[...] as decisões dos negocios mercantis costumão ordinariamente depender muito menos da sciencia especulativa das regras de Direito, e das Doutrinas dos Jurisconsultos, do que do conhecimento pratico, das Maximas, Usos e Costumes, que o manejo do Commercio, a necessidade, que ha de o livrar de embaraços, destructivos do seu continuo gyro; e a mutua, correspectiva boa fé, que só tem por util, e solido fundamento dos seus interesses os verdadeiros, e bons Negociantes. [...]”. “A boa fé [...] deve ser sempre inseparavel dos verdadeiros Comerciantes” determina o Alvará de 30 de maio de 1759. “Sem a qual [a boa-fé] não há Sociedade”, estatui-se em 1790.

73. Conforme noticia LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle citta italiane*, 123. Com base na moderna doutrina alemã, esclarece-se que “*Bona fides* and/or *equitas* also dominated relations between merchants and became a fundamental principle of the medieval and early modern *lex mercatoria*. [...] As in Roman law, *bona fides* significantly contributed to the kind of flexibility, convenience and informality required by the international community of merchants”. “*Bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii*”, afirmou CASAREGIS, e “*Bonam fidem valde requiri in his, qui plurimum negotiantur*”, na dicção de BALDO [referências de SIMON WHITTAKER e REINHARD ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, 17-8].

74. SIMON WHITTAKER e REINHARD ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, 94.

contratual”.⁷⁵ “[A] boa-fé objectiva ganha um relevo próprio, com projeção a nível decisório. Ainda que num estágio embrionário, denota-se já a presença dos vectores futuros de evolução do conceito; o exercício inadmissível de posições jurídicas, a interpretação objectiva e os deveres de comportamento no tráfego”.⁷⁶

O Código Comercial de 1850 reservava à boa-fé papel central, dispondo que “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras” [art. 131, 1]. Embora o Código Civil de 1916 não tenha consagrado o instituto em seu texto, ninguém jamais ousou negar que continuava a ser princípio do nosso ordenamento jurídico. Sua previsão expressa no novo Código Civil serviu para dar-lhe maior destaque, passando a ser infundável o número de referências à “importância sistêmica da boa-fé objetiva”.

De certa forma, a história da construção da boa-fé no direito comercial é um “enigma”, apontado por MENEZES CORDEIRO;⁷⁷ surpreende o pouco interesse com que a doutrina comercialista trata a questão, ao mesmo tempo em que identifica a boa-fé como um dos principais vetores do tráfico.

Após séculos de evolução, o reconhecimento do papel desempenhado pela boa-fé no direito comercial como *catalisador do bom fluxo de relações econômicas* é pacífico. Ela surge *objetivada* pelo mercado, formatada pela prática comercial de determinado ambiente institucional.

No sistema de direito comercial, a boa-fé desempenha três principais funções, ressaltadas por JUDITH MARTINS-COSTA.⁷⁸

[i] De início, como exposto acima, é *pauta de comportamento* para os agentes econômicos, apoiando a execução das cláusulas contratuais. A boa-fé impõe limites ao exercício dos direitos, da forma explicitada pelo art. 187 do Código Civil.⁷⁹

75. *Da boa-fé no direito civil*, 317.

76. *Da boa-fé no direito civil*, 319. Cf. sobre a boa-fé no direito comercial, JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, 208.

77. *Da boa-fé no direito civil*, 315.

78. JUDITH MARTINS-COSTA resume as funções que a boa-fé tradicionalmente assume nos sistemas jurídicos: [i] “cânone hermenêutico-integrativo do contrato”; [ii] “norma de criação de deveres jurídicos” e [iii] “norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos” [*A boa-fé no direito privado*, 429].

79. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

[ii] Em paralelo, é *pauta de interpretação*, colocando-se como ponto cardinal de orientação da atividade dos operadores do direito; a exegese do texto contratual jamais poderá ser contrária à boa-fé. Nesse sentido, é expresso o art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

[iii] Por fim, é *pauta de integração dos negócios mercantis*, pois se presta como instrumento à resolução do problema da incompletude contratual.

ROPPO, com base na jurisprudência peninsular, identifica os seguintes desdobramentos concretos do princípio da boa-fé:⁸⁰

[i] dever de oferecer à outra parte oportunidade para sanear vício da prestação recebida, quando isso for possível e razoável;

[ii] dever de cooperação, para possibilitar o adimplemento da obrigação pela contraparte;

[iii] dever de conceder à contraparte oportunidade para correção de erros ou de equívocos que poderiam trazer incerteza à relação;

[iv] dever de modificar a prestação para realizar o interesse da contraparte, quando isso for possível com mínimo de sacrifício;⁸¹

[v] dever de agir com coerência, mantendo a lógica dos próprios atos de forma a não frustrar a expectativa que germinam na contraparte;⁸²⁻⁸³

80. ROPPO, *Il contratto*, 495 e ss.

81. ROPPO defende que, em caso de desequilíbrio contratual superveniente, surgiria o dever de renegociar os termos do negócio.

82. Essa diretriz é claramente exposta nos *Princípios Unidroit*, nos seguintes termos: “Article 1.8. Parties cannot inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment”.

83. No contexto brasileiro, RUY ROSADO AGUIAR afirma: “depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte” [*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 254]. Sobre a aplicabilidade da teoria do *tu quoque* pelo exame da vontade contratual..., 166 e ss., e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Rompimento da boa-fé e conflito de interesses*, 1.482 e ss. Explica LEÃES que a denominação da teoria deve-se à célebre frase de Julio César “e se assenta na ideia básica de que atenta contra a boa-fé o comportamento contraditório em relação a conduta anterior, revelando *duplicidade de comportamento* perante situações semelhantes” [1.483]. Expondo a doutrina internacionalista, conclui LUIZ OLAVO BAPTISTA ser contrária a boa-fé a conduta de “[a]lguém, que sempre se comportou da mesma maneira,

[vi] proibição de exercitar direitos contratualmente assegurados de maneira formalmente lícita, mas, em sua essência, desleal ou danosa para a contraparte; e, por fim,

[vii] proibição de tratamento discriminatório da contraparte.⁸⁴

No âmbito do direito internacional, a boa-fé é vista como o “coração comum” de vários sistemas de direito privado e, por conta disso, foi inserida em duas das principais iniciativas de uniformização do direito contratual: os chamados *Princípios Lando* [*Principles of European Contract Law*] e os *Princípios Unidroit* [*Principles of International Commercial Contracts*].⁸⁵

Contudo, é preciso evitar, a todo custo, que a boa-fé torne-se mera desculpa para o inadimplemento da obrigação, como muitas vezes se pretende. Essa “farrá dos princípios” – na feliz expressão de RONALDO PORTO MACEDO JR.⁸⁶ – é prejudicial ao bom fluxo de relações econômicas e ao desenvolvimento. Exageros sempre podem ser perigosos. A impressão que se tem é que, muitas vezes, a boa-fé é empregada para proteger uma parte sem que se pondere se ela pagou por essa proteção no momento da celebração do contrato.⁸⁷ Estabelecidas as

porta-se, de repente, de modo diferente, e muda a sua posição, quando a outra parte não esperava que isso acontecesse” [A boa-fé nos contratos internacionais, 32].

84. LUIZ OLAVO BAPTISTA indica os seguintes “critérios de avaliação da boa-fé na conduta do contratante durante a execução do contrato”: [i] ausência de malícia ou intuito lesivo; [ii] obediência à letra e ao espírito do contratado [“regra da fidelidade ao contrato”]; [iii] causa ou motivação na prática do ato; [iv] inexigibilidade de outra conduta e razoabilidade [A boa-fé nos contratos internacionais, 30 e ss.].

85. Os Princípios de Direito Europeu dos Contratos, ou *Princípios Lando*, foram desenvolvidos pela *Commission on European Contract Law*, presidida pelo jurista holandês OLE LANDO. Dispõe o art. 1.201: “Good Faith and Fair Dealing. [1] Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. [2] The parties may not exclude or limit this duty”. Para os comentários específicos desse artigo, cf. OLE LANDO e HUGH BEALE, *Principles of European contract law*, 113.

Os *Princípios Unidroit* têm por escopo promover a harmonização do direito internacional dos contratos; sua última versão data do ano de 2004. O art. 1.7 dos *Princípios Unidroit* determina que “[1] Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. [2] The parties may not exclude or limit this duty”. Sobre os Princípios Lando e os Princípios Unidroit, cf. GUIDO ALPA, *Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*, 756 e ss.

86. “Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional [contra a euforia principiológica]”.

87. “[T]he courts have used good faith as a blunt instrument for providing protection to one party’s reliance without asking whether that party would have been willing to pay for such protection in the first place” [VICTOR GOLDBERG, *Framing contract law*, 102].

devidas proporções, vale lembrar, com PAOLO GALLO, que a boa-fé foi até mesmo empregada como justificativa para o rompimento dos contratos de locação com os judeus, na Alemanha nazista.⁸⁸

5.9 Confiança nos contratos empresariais

A disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a legítima expectativa; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas.

Os custos de transação tendem a reduzir-se em mercados nos quais os agentes econômicos *confiam* no comportamento dos outros, ou seja, em que se pode legitimamente esperar/prever a adoção de determinadas atitudes pelos parceiros comerciais.⁸⁹ Esse pressuposto sempre foi reconhecido pelo direito comercial que, há séculos, incentiva a lealdade entre os mercadores.⁹⁰

A boa-fé objetiva diz respeito à confiança no contrato.⁹¹ Nos últimos anos, o resgate da importância desse instituto vem despertando o interesse da doutrina, inclusive econômica. Podemos definir confiança [*trust*] como “um determinado nível de probabilidade subjetiva com a qual um agente avalia que um outro agente ou grupos de agentes praticarão uma determinada ação”,⁹² a existência de confiança aperfeiçoa a fluência das relações de mercado.

88. *Contratto e buona fede*, 610.

89. Cf. WILLIAMSON, *Calculativeness, trust, and economic organization*.

90. Os estudos sobre a confiança nos contratos e sua importância na regulação dos mercados têm se multiplicado na área econômica e também na jurídica. Mencione-se o seminal trabalho de DIEGO GAMBETTA, *Trust. Making and breaking cooperative relations*. No campo jurídico, para um panorama geral do tema, a excelente obra de MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DE FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil* e, também, SYLVIA CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. V., ainda, obra coordenada por VALÉRIE-LAURE BÉNABOU e MURIEL CHAGNY, *La confiance en droit privé des contrats*.

91. Sobre a relação entre boa-fé e confiança, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 1.234 e ss. Comentando o art. 1.366 do Codice Civile, diz MESSINEO: “È da notare altresì che la buona fede, cui si riferisce l’art. 1.366, è quella che è stata chiamata buona fede oggettiva, cioè l’esigenza che la dichiarazione di volontà contrattuale sia intesa secondo il criterio di reciproca lealtà di condotta fra le parti, o affidamento e non quello stato psichico, di ignoranza di una certa situazione, che è l’altro significato [e il significato più usuale] di buona fede” [*Dottrina generale del contratto*, 357].

92. GAMBETTA, *apud* WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, 257. No original: “a particular level of the subjective probability with which an agent assesses that another agent or group of agents will perform a particular action”.

WILLIAMSON resume algumas conclusões de outros economistas sobre o fenômeno da confiança: [i] para que ela exsurja, são necessários repetidos encontros e certa memória de experiência; [ii] o comportamento honesto implica certo custo; e [iii] está relacionada à boa reputação e esta deve ser adquirida.

A previsibilidade do comportamento dos agentes aumenta o grau de *segurança* e reduz a preocupação [i.e., os gastos a serem incorridos] durante a celebração ou mesmo a execução do negócio. Na medida em que as expectativas são compartilhadas e compreendidas de maneira relativamente uniforme pelas empresas, as “dimensões implícitas” dos contratos [i.e., as *pressuposições* legitimamente assumidas pelas partes] levam à diminuição dos efeitos prejudiciais do desconhecimento dos possíveis desdobramentos do negócio [racionalidade limitada].⁹³

A prudência recomenda que, na primeira contratação entre duas empresas, cuidados sejam aviados para garantir o bom resultado. Por exemplo, A fabrica tecidos finos, fornecendo para clientes grandes e tradicionais. B, por sua vez, acabou de ser fundada e tem por sócias duas jovens estilistas recém-formadas. B pretende adquirir de A grande quantidade de tecidos para sua primeira coleção e pleiteia o pagamento de metade do preço em sessenta dias. A, antes da concessão do crédito, deverá informar-se sobre a higidez econômica de B, negociar a outorga de garantia pessoal de suas sócias, analisar seu passado econômico etc.

A situação seria diversa se A e B fossem parceiras comerciais há tempos. A confiaria em B [isto é, poderia prever com certo grau de segurança seu comportamento adimplente] e não cogitaria perder tempo e dinheiro buscando maiores informações sobre ela. Nesta segunda situação, a contratação entre A e B geraria menores custos, porque haveria *confiança* entre as partes.

Não é difícil compreender o motivo pelo qual, nos mercados em que impera a *fidúcia*, costumam ser menores os custos incorridos para a concretização de negócios.⁹⁴

A confiança pode ser incentivada pelo ambiente institucional. Interessante exemplo é trazido por LISA BERNSTEIN após estudar o funcionamento do

93. MILGROM e ROBERTS: “To the extent that the expectations actually are shared and commonly understood, implicit contracts can be a powerful means of economizing on bounded rationality and contracting costs” [*Economics, organization and management*, 132].

94. Em outra perspectiva, JACQUES GHESTIN aponta que, de certa forma, a referência à *confiança* é inútil, pois seriam os fatores relacionados ao receio de represálias, e não a *fidúcia*, que incitariam a cooperação [*L'analyse économique de la clause générale*, 182].

mercado de diamantes em Nova Iorque. Quando as partes acordam a venda de uma pedra, apertam-se as mãos e pronunciam a frase *Mazel und Broche* [*good luck and blessing* – boa sorte e bênçãos].⁹⁵ Entrevistas e pesquisas demonstram que o agente, se pronunciar aquelas palavras e não respeitar o compromisso, será penalizado, inclusive mediante a perda de sua reputação. Dessa forma, um comerciante é levado a *confiar* no outro – mesmo porque pode racionalmente crer que o sistema garante o cumprimento do pacto em caso de inadimplemento.

Nesse mercado, não é preciso que os agentes econômicos cerquem-se de maiores cautelas quando das contratações, diminuindo os custos de transação.⁹⁶

Sob esse prisma devem ser enfrentados vários institutos tradicionais do direito comercial, tais como a proteção da legítima expectativa. Vimos que a segurança unge o fluxo de relações econômicas, pois reduz os custos das transações ao viabilizar a previsão, com razoável grau de segurança, do comportamento dos parceiros comerciais. Se Caio pode legitimamente supor que Tício agirá mais ou menos como sempre, não perderá tempo e dinheiro procurando precaver-se dos eventuais prejuízos de uma postura inusitada de Tício.

Como em um círculo virtuoso, a proteção da legítima expectativa aumentará o grau de segurança e de previsibilidade do mercado; o resultado será a diminuição dos custos de transação e a catalisação do tráfico.

95. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry.

96. Outro exemplo relatado pela mesma autora demonstra o grau de institucionalização alcançado por essas normas costumeiras: trata-se da prática do *open cachet*. Quando o comprador faz sua oferta, coloca-se a pedra em um envelope que é fechado e selado de determinada forma. Nele são escritas as condições da oferta e a data; apõe-se o lacre e o comprador assina sobre o selo. A menos que o contrário seja acordado, a oferta é válida até a uma hora do dia seguinte. Nesse período, o vendedor pode a qualquer momento aceitar a oferta, contatando o comprador e dizendo *Mazel und Broche*; no entanto, nesse período, se o vendedor recusa a oferta ou formula contraproposta, retira-se sua opção de aceitar a oferta escrita no envelope. Caso o vendedor pretenda aceitar a oferta mas não encontre o comprador em tempo hábil, é-lhe facultado dirigir-se ao *Board of directors of the diamond dealers club* e depositar, por escrito, sua aceitação, que será atestada por um membro do *Board*. A prática do *open cachet* desestimula o comportamento oportunista do vendedor, que poderia mostrar a pedra a outro comprador – o ofertante, ao se deparar com o selo violado, ficará sabendo do ocorrido. No entanto, se a proposta é feita por terceiro que viu o diamante antes que fosse colocado no envelope, o ofertante resta liberado do *cachet*. Nessas situações, o vendedor costuma entrar em contato com o comprador e informar-lhe sobre a oferta, permitindo que a cubra. Assim, dá-se origem a leilão que permite a venda da pedra pela melhor oferta.

5.10 Usos e costumes

Os usos e costumes são fonte de direito em constante atividade. O ordenamento estatal admite em seu seio, como vinculantes, as normas produzidas pelos agentes econômicos. Essas normas integram os contratos.

Os usos e costumes,⁹⁷ outro instituto tradicional do direito comercial, são diretriz crucial de funcionamento do mercado e dos contratos empresariais. Ainda que, por muitos anos, tenham sido aparentemente renegados pela jurisprudência, hoje sua força encontra-se vivificada a ponto de alguns autores referirem-se ao fenômeno da “redescoberta” dos usos comerciais.⁹⁸

O *stylus mercatorum*, os usos e costumes, são identificados como *fonte do direito comercial*,⁹⁹⁻¹⁰⁰ ou seja, capazes de emanar normas de respeito obri-

-
97. Adotamos, assim, a lição de VIDARI que, há muito, esclarecia: “la distinzione [entre uso e consuetudine] non ha oggi più valore pratico, e diritto oggi sono tutti gli usi pacificamente accolti dal commercio” [*Corso di diritto commerciale*, v. I, 89]. Ainda sobre a diferença entre usos e costumes, BRASÍLIO MACHADO: “antigamente fazia-se distinção na doutrina e no D. Civil entre usos e costumes. Chamava-se uso a reiteração do facto, a reiteração do acto, a repetição do facto; o costume era reservado apenas para determinar a norma jurídica derivada desse mesmo facto. Hoje em dia essa distinção está inteiramente esquecida, tanto o uso como o costume exprimem uma mesma ideia, i. e. a relação jurídica derivada e a reiteração do acto ou do facto juridico” [*O Código Commercial do Brasil em sua evolução histórica*, 264].
98. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Premessa, xxv.
99. BRASÍLIO MACHADO assentou algumas das mais belas páginas sobre os usos comerciais, apontando sua dúplici função de [i] fonte do direito comercial e [ii] fonte de interpretação. Para o Professor das Arcadas, usos comerciais são “aquellas normas jurídicas feitas pela pratica dos commerciantes” ou “aquellas normas que se observam uniforme, diuturna e geralmente no commercio” [*O Código Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 263].
100. A doutrina civilista brasileira, ao comentar o art. 4.º da LINDB, é unânime ao classificar os usos e costumes como fonte de direito. Haveria dois requisitos para que o costume transformasse-se em regra jurídica. O primeiro deles é a “constância da repetição dos mesmos atos, a observância uniforme de um mesmo comportamento, capaz de gerar a convicção de que daí nasce uma norma jurídica”. O segundo, a “convicção de que a observância da prática costumeira corresponde a uma necessidade jurídica, *opinio necessitatis*. [...] Esta convicção, que seria o fundamento de sua obrigatoriedade, revela-se na conformidade de seu reconhecimento como hábil a regular a conduta individual, de forma a justificar a sua aplicação compulsória aos que não se submetem voluntariamente a ela” [CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. I, 44 e ss.]. “Pluritas, uniformitas, continuatas, frequentia acti” resumem a ideia de uso prolongado [SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, 115]. No campo do direito comercial, assevera BRASÍLIO MACHADO os requisitos para que a prática seja uso comercial: [i] “o

gatório para os mercadores.¹⁰¹ O art. 2.º do Decreto 737, de 1850, estabelecia que “constituem legislação commercial o Código do Commercio, e subsidiariamente os usos commerciaes [art. 291 Código] e as leis civis [arts. 121, 291 e 428 Código]”.

A prática mercantil impõe-se como direito, que deve ser observado pelos agentes econômicos. Regras que “por direito se deva guardar”, na magnífica expressão empregada em 1769 pela Lei da Boa Razão. “[A]quelles que os commerciantes observam como se observassem uma verdadeira regra de D. escripto”, ensinava BRASÍLIO MACHADO na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1907.¹⁰²

Os usos e costumes são a prática dos comerciantes que, na busca de soluções para os problemas quotidianos, encontram e consolidam determinada forma de resolvê-los.¹⁰³ Esses esquemas espraíam-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a *força uniformizadora dos usos e costumes*, que tendem a planificar o comportamento das empresas.

Por brotarem da praxe mercantil, os usos e costumes sofrem certa “seleção natural”: as práticas mais adequadas ao tráfico impõem-se sobre aquelas menos aptas à resolução de problemas; ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de conduta mais bem adaptados ao funcionamento do mercado.¹⁰⁴ Forma-se repertório de experiências bem sucedidas que, ao permitir maior grau de previsibilidade do comportamento, transforma o mercado em repositório de *memórias de jogadas*.

uso commercial precisa ser reiterado, precisa ser repetido durante um certo tempo”; [ii] “é preciso que seja uniforme”; [iii] “é preciso que os commerciantes considerem esse uso como um verdadeiro preceito legislativo que deve ser obedecido, que deve ser obrigatorio como se elle se traduzisse em uma lei expressa” [*opinio juris seu necessitatis*]; [iv] “é preciso que o costume seja harmônico com a lei”; e, enfim [v] “que não offenda os princípios da ordem publica nem os sentimentos da moral” [O *Codigo Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 265-6].

101. Normalmente, as discussões mais extensas sobre os usos e costumes travam-se entre os civilistas. V. FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'Interpretation et sources en droit privé positif*, 316 e ss. e ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. I, 145 e ss.

102. O *Codigo Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 263.

103. Sobre a formação do costume, cf. JEAN ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, 98-9.

104. LISA BERNSTEIN contesta esse pressuposto, afirmando que a teoria dos jogos comprovou que o costume pode refletir equilíbrio não necessariamente eficiente. Ademais, a evolução do uso pode ser “path-dependent and strongly influenced by information cascades or any of a number of heuristic biases” [The questionable empirical basis of article 2's incorporation strategy: a preliminary study, 754-5].

A jurisprudência atua como forte fator de “seleção” dos usos e costumes. Por um lado, eles são depurados pela prática, mostrando aos agentes econômicos os caminhos mais “eficientes”; por outro, são trabalhados pela pena nos tribunais ao interpretarem fatos e textos normativos. O julgador não se prende somente ao texto da lei, debruçando-se também sobre os fatos do caso concreto trazidos ao seu conhecimento. *Um costume não aceito pelos tribunais* – i.e., por eles considerado violador de norma jurídica – *acaba desautorizado ou não se consolida*.

Retomando o mecanismo que explicamos ao estudar os contratos socialmente típicos:¹⁰⁵ uma empresa realiza determinado negócio jurídico, até aquela época pouco usual, que supõe ser lícito. A prática mostra-se vantajosa e, rapidamente, outros agentes econômicos copiam-na. Passado algum tempo, os tribunais, interpretando/aplicando textos normativos, consideram que o original negócio é ilegal. No torvelinho do mercado, não mais será prudente adotar a prática e esta não se perpetuará, ainda que, em um primeiro momento, tenha-se mostrado eficiente; diante da *orientação jurisprudencial*, há forte *desestímulo* para sua utilização por parte de outros agentes.

*Os usos e costumes refletem complexa interação entre texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência.*¹⁰⁶

As empresas não precisarão agir para, observando as consequências de suas práticas, apreender com os resultados obtidos. O costume consolidado tende a indicar o melhor caminho a ser seguido [ou, ao menos, poderá demonstrar os possíveis resultados das jogadas, sem que haja necessidade de jogar].

Os usos e costumes geram *legítimas expectativas* de atuação, *probabilidades de comportamento*; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de *planejar sua jogada* [i.e., *estratégia de atuação no mercado*] *com maior margem de segurança*.

O conúbio entre previsibilidade, criação de legítima expectativa e usos comerciais é hoje expresso na legislação comercial norte-americana, que considera “uso do comércio” como “any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question”.¹⁰⁷

A *tipificação social* de contratos também tem origem nos usos e costumes, transformando negócios livremente encetados pelos agentes econômicos em

105. V. capítulo segundo, item sobre a classificação dos contratos empresariais quanto ao seu grau de posituação: contratos típicos, atípicos e socialmente típicos.

106. V. sobre o tema PAULA A. FORGIONI, A unicidade do regramento jurídico das sociedades limitadas e o art. 1.053 do novo Código Civil. Usos e costumes e regências supletivas.

107. Alínea c do art. 1-303 do *Uniform Commercial Code*.

tipos socialmente reconhecidos. Por exemplo, os contratos de concessão mercantil ou de distribuição comercial, nascidos da prática dos mercadores, são hoje pacificamente aceitos pela jurisprudência.¹⁰⁸

Estipulações comuns em operações de compra e venda de ações ou de quotas, tais como cláusulas de *put/call*, *drag along* e *tag along* nada mais são do que a redução a escrito de uma prática consolidada. Seu reconhecimento social é tão notável que não há advogado da área comercial que ignore seu significado, muito embora os livros nacionais pouco esclareçam sobre o assunto.¹⁰⁹

Enfim, a relação entre o funcionamento do sistema mercantil e usos e costumes faz aflorar sua função de fator de diminuição dos custos de transação. O reconhecimento da força vinculante de regras que traduzem respostas adequadas a necessidades econômicas, permitindo o cálculo de jogadas, facilita as contratações, reduzindo seus custos. Nas palavras de BOLAFFIO, ao comentar os usos comerciais: “È la legge del minimo mezzo che determina così il fenomeno economico come la regola giuridica che lo presidia: si mira ad un risultato immediato, tranquillante per il credito e per la buona fede, col minor dispendio di attività e di formalità”.¹¹⁰

A prática brasileira dos últimos anos traz exemplo bastante interessante sobre a interação entre prática comercial, usos e costumes, atividade jurisprudencial e texto normativo: os contratos *built to suit* [“construção sob medida”], mediante o qual uma construtora, por sua conta e em seu nome, adquire o terreno e constrói prédio de acordo com os interesses da empresa contratante, que irá utilizá-lo por período determinado, garantindo à construtora o retorno do investimento e a remuneração pelo uso do imóvel. Com isso, a empresa contratante não imobiliza os recursos necessários à aquisição\construção e pode considerar as quantias referentes ao pagamento da construtora como “despesas operacionais”, que diminuem a base de cálculo do imposto de renda devido. Muitas vezes, a operação é tripolar, envolvendo instituição que financia tanto a aquisição do imóvel quanto sua construção, garantindo-se com os futuros pagamentos a serem feitos pela contratante.¹¹¹

108. Esse mecanismo de gênese dos contratos empresariais foi estudado no capítulo segundo, no item sobre a classificação dos contratos empresariais quanto ao seu grau de positividade: contratos típicos, atípicos e socialmente típicos.

109. MARIA ROSARIA FERRARESE dá destaque à força uniformizadora das minutas norte-americanas em todo o mundo [*Diritto sconfinato*, 83 e ss.]. Sobre a uniformização dos contratos comerciais pela prática, cf. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 221 e ss.

110. *Il Codice di Commercio commentato*, v. I, 61.

111. De acordo com FRANCISCO MAIA NETO, mencionado na justificativa do Projeto de Lei 5.505/2009, o contrato de “built to suit” é “modalidade de operação imobiliária,

A contraprestação devida [“aluguel”] é superior àquela de uma locação comum, porquanto envolve a retribuição por outras prestações realizadas pela construtora.

Imaginemos que esse contrato fosse considerado por nossos Tribunais como mera locação, sujeita à disciplina da Lei 8.245, de 1991. O pagamento contratado poderia ser *revisto* para adequar-se aos níveis de aluguel praticados no mercado. Dessa forma, ruiria todo o negócio por conta da inviabilização da adequada remuneração da construtora. Houvesse essa sinalização dos Tribunais e o contrato de *built to suit* teria sido esquecido entre nós.

Mas não foi isso que ocorreu.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a existência desse tipo contratual, considerando-o diverso da mera locação¹¹² e afastando pretensões de contratantes que visavam a livrar-se da remuneração ajustada. Na esteira da instrução do Poder Judiciário, o contrato de *built do suit* seguiu com ampla utilização.¹¹³

que consiste em um contrato pelo qual um investidor viabiliza um empreendimento imobiliário segundo os interesses de um futuro usuário, que irá utilizá-lo por um período preestabelecido garantindo o retorno do investimento e a remuneração [aluguel] pelo uso do imóvel. Do ponto de vista operacional o futuro usuário, espera do investidor a aquisição do terreno, definição do projeto que atende suas necessidades desenvolvimento e construção do móvel e entrega do empreendimento pronto por valor predeterminado a ser pago em parcelas mensais. Pelo lado do investidor, este busca o retorno dos investimentos alocados no projeto e a remuneração pelo uso do móvel, cuja principal característica é a exigibilidade da permanência do usuário, associada às previsibilidades e segurança do fluxo projetado, o que permite a securitização deste contrato, através da distribuição de títulos a investidores, que terão como lastro o pagamento das parcelas contratadas”.

112. No entender do TJSP, o traço marcante do “built to suit” é “o fato do terreno e a construção que nele será feita atenderem, de forma especial no que se refere à localização e características, a pessoa que posteriormente irá alugá-lo, por um prazo bastante longo. Não havendo regulamentação legal desse tipo de contrato, as partes podem ainda ajustar regras especiais não contempladas na Lei 8.245/91. [...] Como a locação se faz, com garantia de cumprimento da obrigação do locatário, durante longo prazo [geralmente 10 ou mais anos], ao término da avença, o empreendedor recupera totalmente desembaraçado o imóvel, valorizado pela planta erguida em seu terreno. Não é, portanto, uma singela locação de imóveis” [Apelação n. 0036632-84.2007.8.26.0000, julgada pelo TJSP em 11 de maio de 2011].

113. “A avença contempla em seu bojo amplo feixe de direitos e obrigações às partes que extrapolam os limites da pura locação de imóvel, o que põe a legislação especial da locação em segundo plano quanto ao negócio jurídico sob exame, que deve ser regido pela autonomia da vontade privada, em atenção ao princípio da liberdade de

Posteriormente, em dezembro de 2012, a Lei de Locações foi alterada e nela foi introduzido o art. 54-A, resolvendo a questão.

5.10.1 Globalização e usos e costumes

As práticas contratuais tendem a uniformizar-se, em processo acelerado nos últimos anos pela globalização.

Outra tradicional característica dos contratos mercantis [e do próprio direito comercial] é seu *cosmopolitismo*, sua tendência de ignorar fronteiras. O comércio vai até aonde lhe é permitido, sem creditar muita atenção a barreiras culturais ou jurídicas; com menor ou maior facilidade, tende a expandir-se. Há muito, entre nós, CONSELHEIRO ORLANDO advertia:

“De envolta com as mercadorias [o comércio] transporta usos, costumes, modos e ideias dos diferentes povos da terra, estimulando e inspirando viagens remotas de exploração, quasi fabulosa; com seu genio cosmopolita, aproximando as distancias, tem lutado constante em prol dos mais legítimos e importantes interesses; – um povo de commerciantes é um povo laborioso e abastado, – e o commercio é para as nações o que póde ser a imprensa para as letras”.¹¹⁴

O cosmopolitismo deve ser hoje compreendido no contexto da *globalização*, com a disseminação cada vez maior de práticas [usos e costumes] e modelos de negócios desenvolvidos no exterior.¹¹⁵ Advirta-se, contudo, que “as diferenças não são pura e simplesmente canceladas, mas chamadas a interagir com tais *standards*”, produzindo aspectos jurídicos novos e inesperados.¹¹⁶

contratar. Cuidando-se de contrato paritário, em que as partes entabularam trocas úteis e justas de acordo com suas vontades e em posição de igualdade [par a par], ou seja, não sendo a renúncia predisposição de direito unilateral imposta por parte dominante em contrato de adesão, a renúncia ao direito de revisar a remuneração é válida e eficaz, por força da homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato” [Apelação com Revisão 992.08.037348-7 Comarca de São Paulo, julgada pelo TJSP em 4 de maio de 2011].

114. CONSELHEIRO ORLANDO, na introdução ao *Codigo Commercial do Imperio do Brazil*.
115. De certa forma, a “globalização” sempre esteve presente no direito mercantil. Assim, a antiga lição de VIVANTE sobre a “índole cosmopolita” da matéria poderia, sem sombra de dúvidas, ser empregada para explicar a realidade hodierna: “cada comerciante, grossista ou varejista, sente passar no seu estabelecimento as correntes de um comércio mundial cuja direção deve seguir” [Tratatto di diritto commerciale, v. I, Introdução].
116. MARIA ROSARIA FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, 57. A ideia da autora, exposta mais adiante na mesma obra, é que “il diritto globalizzato si avvicina di più a

A primeira e necessária advertência diz respeito à descuidada importação de institutos, sem a consideração daquelas que ASCARELLI chamou de “premissas implícitas” de cada ordenamento.¹¹⁷ Observou o mestre italiano que, no estudo de institutos estrangeiros, as “premissas implícitas” próprias de cada sistema não podem ser desprezadas. No entanto, essa singela recomendação não é sempre atendida, de sorte que alguns entornam a experiência estrangeira sobre nosso sistema, pretendendo imprimir direcionamento que lhe é estranho.¹¹⁸

A aplicação do direito brasileiro não pode abraçar princípios diversos daqueles cristalizados em nosso ordenamento jurídico, sob pena de dar lugar a açodado transplante, incompatível com nossa realidade.

Nessa toada, muitas vezes as posturas assumidas pelos operadores do direito não passam de mera reprodução de ideias alienígenas, talhadas no processo de interpretação/aplicação de *outro* direito, que não o nosso; de *outra* constituição que não a brasileira.

O cosmopolitismo inerente ao direito comercial voltou a ocupar o interesse da doutrina especializada sob nova roupagem, travestido de preocupações com os estatutos jurídicos do mercado, envolto no intrincado contexto da globalização.¹¹⁹ Na lição de MARIA ROSARIA FERRARESE.¹²⁰

“A complexidade deriva de vários fatores: em primeiro lugar, do incremento no número de sujeitos produtores de direito; em segundo lugar, do caráter privado e invisível de alguns desses sujeitos; em terceiro lugar, da pressão crescente de interesses sobre as regras jurídicas, que as tornam mais mutáveis; enfim, uma certa opacidade das regras, devida à interação entre

svolgere il ruolo di una lingua parlata in ambito internazionale: una sorta di *passerpartout* linguistico, che permette di comunicare a persone di diverse nazionalità, ma che ognuno parla a modo proprio, con le proprie inflessioni e costruzioni lessicali” [70].

117. Premissas ao estudo do direito comparado, 13. Cf. PAULA A. FORGIONI e RENATO OCHMAN, Riscos da importação de cláusula contratual no direito brasileiro.

118. Com EROS ROBERTO GRAU, observamos: “É certo, no entanto, que embora o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras possa mostrar-se fonte de subsídios útil, nem uma nem outra podem ser tomadas como absolutas. Vale dizer: elas não devem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as *particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico*. A indiscriminada transposição de teorias e modelos pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia do direito brasileiro, conduzindo-nos por caminhos com ele incompatíveis” [O Estado, a empresa e o contrato, Prefácio, 12].

119. Não é nosso foco, aqui, a relação entre o Estado e os impactos gerados pela globalização. Sobre o tema, v. EROS ROBERTO GRAU, Nota sobre a globalização, 270 e ss.

120. *Le istituzioni della globalizzazione*, 61.

elementos formais e informais. O quadro jurídico assume, assim, caráter múltiplo: é constituído por numerosos elementos, como um mosaico; mas, diferentemente de um mosaico, não é jamais estático e contempla uma interação contínua entre os vários elementos que o compõe”.

A inclinação à harmonização das normas endógenas, decorrente da uniformização do comportamento dos *players*, incrementa-se de forma proporcional ao aumento do fluxo de relações econômicas. Quanto maior o comércio entre as nações, mais intensa a tendência de as práticas comerciais tornarem-se análogas.

A conclusão será de que hoje, mais do que nunca, o direito comercial assume seu viés cosmopolita e os contratos empresariais são projetados a partir desse complexo ambiente institucional, do qual não podem ser arrancados.

5.11 Custos de transação

A empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros [“custos de transação”].

Quanto menores os custos de transação, maior a fluência das relações econômicas e o desenvolvimento.

No momento da celebração, as partes acreditam que estarão “melhor com o contrato do que sem ele”.¹²¹ O agente econômico celebrará o ajuste se entender que esta é uma boa alternativa para a satisfação de sua necessidade. Vale dizer, o negócio com terceiros será realizado apenas se a opção de produzir internamente determinado bem ou serviço não for mais vantajosa para a empresa.

A produção *interna corporis* envolve custos; a contratação com terceiros também. Tudo está em ponderar qual o caminho mais lucrativo: adquirir o bem no mercado ou obtê-lo internamente?

Por exemplo, A necessita que, diariamente, seja feita a limpeza de suas instalações. Abrem-se duas alternativas: A poderá empregar faxineiros, incorrendo nos respectivos custos, ou contratar outra empresa que lhe preste esses serviços.

121. “There is only one reason why a person would want to make a contract: to obtain an advantage of some kind. [...] Contracts [...] are typically made only because they are mutually advantageous” [LOUIS KAPLOW e STEVEN SHAVELL, *Contracting*, 2].

Para selecionar a empresa a ser contratada, A pesquisa as opções existentes no mercado, preços praticados, idoneidade das firmas, qualidade dos serviços, reputação etc. Após esse processo, opta por B. A e B deverão negociar os termos do contrato, os horários em que o serviço poderá ser realizado, as precauções em relação à segurança, inclusive os cuidados com o sigilo dos dados empresariais, o asseio dos faxineiros, a responsabilidade por eventuais danos causados aos equipamentos e assim por diante. Tudo isso representa *tempo e dinheiro*, que serão ponderados por A quando da decisão de sua estratégia: contratar B ou utilizar o trabalho de faxineiros empregados?

Os economistas debruçaram-se sobre esses problemas, estudando e explicitando os dispêndios associados à solução “de mercado”, i.e., à obtenção do bem ou do serviço mediante a contratação de terceiros. Esses custos são chamados “custos de transação”,¹²² incorridos por conta e em virtude das contratações da empresa com outros agentes econômicos.

122. Em outra oportunidade, explicamos que o estudo dos custos de transação originou-se das observações de COASE, em 1937, no opúsculo intitulado *The nature of the firm*. Suas primeiras indagações podem ser assim resumidas: se os mercados funcionam tão bem e seriam aptos a assegurar o fluxo econômico, por que existem empresas? Por que elas contratam entre si? Segundo COASE, a realização de transações econômicas implica custos [custos de transação ou *transaction costs*], que variam segundo a natureza da própria operação e a forma mediante a qual é organizada. Em suma, os custos de transação são os gastos para se valer do mercado [cf. VISCUSI, VERNON e HARRINGTON, *Economics of regulation and antitrust*, 221]. Como expressa ainda COASE em trabalho de 1960, retomando as lições expostas em 1937: “In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on” [The problem of social cost, 114]. Na síntese de HOVENKAMP: “Use of the market can be expensive. Negotiating costs money. Dealing with other persons involves risk, and the less information one firm has about the other, the greater the risk” [*Federal antitrust policy*, 372]. Partindo das ideias de COASE, WILLIAMSON assim define os custos de transação: “The *ex ante* costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the *ex post* costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system” [*The mechanisms of governance*, 379. Cf. do mesmo autor *The vertical integration of production: market failure considerations*].

Costuma-se apontar como bibliografia fundamental da teoria dos custos de transação os trabalhos de COASE, *The nature of the firm* [1937] e *The problem of social cost* [1960] e de WILLIAMSON, *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations* [1979] e *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational*

Classificam-se os custos de transação em *ex ante* e *ex post*, conforme ocorram antes ou após a celebração do negócio. Há custos de transação referentes à coordenação [*coordination costs*] e aqueles relacionados à motivação [*motivation costs*]. Os primeiros são os gastos próprios às negociações, incluindo a definição de suas condições [preço, prazo, época de entrega etc.] e mesmo à busca de parceiros comerciais. Os custos de motivação podem ser apartados em dois principais tipos: [i] aqueles ligados à assimetria e à falta de completude da informação, quando as partes não conhecem todos os dados relevantes e necessários sobre a outra e sobre o negócio, e [ii] aqueles inerentes ao possível prejuízo decorrente do comportamento oportunista da outra.

Note-se que o interesse pelo estudo dos custos de transação tem como razão cardeal a *empresa e as opções que faz no exercício de sua atividade*. Sua compreensão desnuda a atuação dos agentes no mercado e, principalmente, as *relações jurídicas* que encetam.¹²³ Muitos aspectos da função econômica dos negócios interempresariais apenas podem ser dimensionados a partir desses custos e de sua influência na mecânica da decisão empresarial.

Os custos de transação prestam-se a explicar, além da atividade empresarial, a própria realidade do direito comercial. DOUGLASS NORTH indica os fatores jurídicos que, na Baixa Idade Média, contribuíram para a *diminuição dos custos de transação*, fazendo florescer o comércio e o direito comercial: [i] mobilização de capitais; [ii] diminuição de custos para obtenção de informações e [iii] divisão de riscos.

Além da superação de algumas leis contra a usura, NORTH destaca como fundamentais a criação e a evolução das letras de câmbio, além do desenvolvimento de técnicas que permitiram sua negociação e desconto. Houve ainda a concepção de mecanismos para o controle dos parceiros comerciais situados em terras distantes, incluindo métodos de contabilidade e de auditoria. Por fim, NORTH lembra a importância da “transformação da insegurança em risco”, com o desenvolvimento do seguro e de formulários uniformes e impressos. A utilização da comenda e, posteriormente, das sociedades por ações, contribuiu para a alocação de riscos e para o aumento do fluxo de relações econômicas.¹²⁴

contracting [1985]. Importante a consulta a MILGROM e ROBERTS, *Economics, organization and management*, 28 e ss.

123. Entre nós, juristas dedicaram-se a esclarecer o que seriam os custos de transação. Cf. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Condutas tendentes à dominação dos mercados – Análise jurídica*, 30 e ss. V., ainda, *Competitividade: mercado, Estado e organizações*, de ELIZABETH FARINA, PAULO FURQUIM DE AZEVEDO e MARIA SYLVIA MACCHIONE SAES.
124. DOUGLASS NORTH, *Institutions, transaction costs, and the rise of merchant empires*, 27-9.

Não é por acaso que ASCARELLI deter-se-á praticamente sobre os mesmos institutos, referindo-se às soluções encontradas para a mobilização do crédito. A letra de câmbio, de mero documento probatório e instrumento de pagamento, transformou-se em instrumento de crédito. Das companhias coloniais vieram a [i] circulação dos direitos e [ii] participação dos sócios. Resolveu-se o problema da mobilização dos financiamentos, o que levou ao desenvolvimento dos bancos e do desconto, bem como ao incremento de um mercado de capitais.¹²⁵⁻¹²⁶

Essa coincidência entre as visões dos autores repousa no fato de terem ambos vislumbrado que, na essência, o desenvolvimento de novos institutos e a derrocada de barreiras atuam a favor dos negócios entre os agentes econômicos porque “diminuem os custos de transação” [DOUGLASS NORTH] ou satisfazem “exigências econômicas capitalísticas”, em consonância com “a ideia do mercado” [TULLIO ASCARELLI].

5.12 Contratos e necessidades dos agentes econômicos

As partes, quando negociam e contratam, não tomam confortavelmente assento diante de um código e escolhem, entre fórmulas preexistentes [i.e., tipificadas], aquela que mais lhes apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado.

Longe de ser apenas um instituto histórico da matéria, a força jurídica dos usos e costumes está fortemente presente na prática do direito comercial, impulsionando diuturnamente a vida mercantil.

Como observamos com EROS ROBERTO GRAU: “O negócio é feito no mundo dos fatos, por certo à luz dos códigos, das leis e regulamentos, mas a exegese contratual somente será praticada se a paz temporária obtida por via do contrato resultar, em sua aplicação, no surgimento de problemas. Instaurada a cizânia, tem início uma frenética atividade de composição de suportes fáticos e de exercícios de ‘subsunção dos fatos à norma’. Nesses momentos podemos perceber com nitidez que o direito não é apenas um sistema de regras, mas uma prática social no bojo da qual o dever-ser e o ser

125. *Panorama do direito comercial*, 32.

126. BONFANTE indicará o desenvolvimento da ciência contábil, das sociedades e dos bancos [p. ex., banco genovês de S. Giorgio], chamando-os de “instituições mercantis” [PIETRO BONFANTE, *Storia del commercio*, 240 e ss.]. Cf., sobre o mesmo tema, JACQUES LE GOFF que, referindo-se ao “progresso dos métodos nos séculos XIV e XV”, explica os seguintes fatores da evolução: seguro, letra de câmbio e contabilidade [*Mercadores e banqueiros na Idade Média*, 23 e ss.].

se interpenetram. Embora seja assim, a esmagadora maioria dos contratos, para sorte dos agentes econômicos, nasce, se desenvolve e perece sem a presença de juristas”.¹²⁷

5.13 Contrato como instrumento de alocação de riscos

O contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos da atividade econômica. O ordenamento jurídico distingue e atribui disciplina diversa ao risco normal dos contratos e ao risco extraordinário.

As contratações empresariais envolvem riscos,¹²⁸⁻¹²⁹ ou seja, a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. O risco é inevitável porque “[c]ontratar é prever”, de forma que “[o] contrato é um empreendimento sobre o futuro”.¹³⁰⁻¹³¹

Mas, se não consegue evadir as possibilidades de perda, ao menos é possível *alocá-las, dividi-las entre os agentes econômicos* por força de lei ou pelo do contrato. Como situa RIPERT, “[r]isco profissional, risco da propriedade, risco criado, são fórmulas de *atribuição*”.¹³²

O Código Civil, em vários de seus artigos, lança sobre uma parte os eventuais prejuízos decorrentes de acontecimento futuro e incerto. Por exemplo, ao determinar, no art. 492, *caput*, que “[a]té o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”, o Código determina quem deverá arcar com o peso econômico se e quando o fato prejudicial ocorrer, isto é, atribui de antemão a possibilidade de perda a uma ou a outra parte.

127. *O Estado, a empresa e o contrato*, 159.

128. No Brasil, a visão do contrato como instrumento de alocação de riscos é tratada com maestria por WANDERLEY FERNANDES, *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, 47 e ss.

129. “El riesgo consiste en la eventualidade de que suceda un acontecimiento futuro, incierto o de plazo indeterminado, que no depende exclusivamente de la voluntad de los sujetos. Los elementos constitutivos del riesgo son, pues, posibilidad y resultado dañoso” [DOLER ALEU, *El nuevo contrato de seguro*, 62]. Ainda sobre a definição de risco, para o panorama das opiniões mais difundidas, v. a introdução às seguintes obras: FLORENCE MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé* e ANNE-CÉCILE MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*.

130. RIPERT, *A regra moral nas obrigações civis*, 156.

131. Para a explicação do risco nas diversas teorias econômicas, OTAVIO YAZBEK, *Regulação do mercado financeiro e de capitais*, 7 e ss.

132. *A regra moral nas obrigações civis*, 213, destacamos.

Por vezes, as empresas valem-se do *contrato* para disciplinar a forma de divisão dos riscos.¹³³ “O futuro traz incertezas que podem ser reduzidas se outras pessoas adotarem determinados comportamentos [ou deixarem de adotá-los]. Nessa medida, o contrato costuma ser uma distribuição recíproca de riscos; um sistema eficiente de disciplina dos contratos deve apoiar essa divisão, mantendo a alocação realizada pelo negócio”.¹³⁴

Algumas estipulações normalmente apostas nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias [*Incoterms*] não passam de fórmulas de distribuição das possibilidades de prejuízo. Por exemplo, na cláusula FOB, a responsabilidade do vendedor [i.e., sua obrigação de arcar com os prejuízos no caso da concretização de evento danoso] estende-se até o momento da colocação da mercadoria no navio; no caso de venda FAS, até que seja depositada ao lado do costado da embarcação.

A cada transação correspondem “riscos típicos”, inerentes à natureza do negócio ou, como prefere a doutrina italiana, que se situam dentro de sua “moldura típica”.¹³⁵ “O risco é próprio dos negócios jurídicos e dificilmente a

133. No original: “[t]hat contracts are often structured to allocate risk is a time-honored assumption of contract theory” [DOUGLAS W. ALLEN e DEAN LUECK, *The role of risk in contract choice*, 704].

134. No original: “Much if the future we face is uncertain, but one way of partially reducing that uncertainty is to obtain binding promises from other people that they will perform [or refrain from performing] certain acts in the future. A contract is often a reciprocal allocation of specified risks and an efficient system of contract law should facilitate risk-sharing by upholding the allocation of risks made by the contract” [DONALD HARRIS e CENTO G. VELJANOVSKI, *The use of economics to elucidate legal concepts: the law of contract*, 114].

135. Como salientamos com EROS ROBERTO GRAU: “Os contratos, ao projetarem efeitos para o futuro, implicam certo ‘congelamento’ de interesses. As partes, no momento da vinculação, acomodam suas pretensões, calculando os desdobramentos futuros das obrigações assumidas. *Esse cálculo, obviamente, leva em conta vários cenários fáticos, eventos futuros e razoáveis do contexto existente quando da contratação.* Enfim: todo negócio implica risco; cada contrato tem o seu ‘risco típico’; o risco é inerente [= caracteriza] à atividade empresarial. Ao contratar, as partes estão obrigadas a considerar esse risco, sob pena de serem impelidas ao prejuízo. Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado mais ou menos normal de coisas; *a parte que desconsidera o risco normal do negócio é sancionada no próprio jogo do mercado.* O agente econômico que despreza o risco, ‘errando’ a sua jogada ou previsão, sofre perdas econômicas. Igualmente, a parte pode frustrar-se porque o cenário futuro que concebeu no momento da contratação não se verificou. Tudo isso faz parte da dinâmica de mercado” [Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração. Teoria da imprevisão e fato do príncipe, 112-3].

ele não se expõe um contrato”.¹³⁶ “Todo contrato expõe as partes a algum tipo de risco”. “Cada tipo de contrato incorpora um plano diverso de repartição dos riscos entre os contratantes”.¹³⁷

Há o risco *imponderável, extraordinário*,¹³⁸ que extrapola aquilo que pode ser razoavelmente previsto pelos agentes econômicos ativos e probos daquele mercado. O tratamento do risco imponderável pelo sistema jurídico sempre foi questão tormentosa.¹³⁹ Hoje, entre nós, o Código Civil [art. 478 e seguintes] determina que, diante de evento imprevisto e imprevisível, gerador de excessiva onerosidade para uma parte, deve haver a liberação do vínculo, caso não se chegue a acordo a respeito da modificação dos termos contratuais.

Nos contratos internacionais, para responder às necessidades de *readaptação* do negócio em casos de superveniências imprevistas, desenvolveu-se a prática das *hardship clauses*. Trata-se, como salienta a doutrina especializada, de estipulações que permitem a revisão do contrato nos casos da ocorrência de imprevistos que alterem substancialmente o equilíbrio original das obrigações das partes,¹⁴⁰ mediante sua renegociação. São “cláusulas de adaptação”, visando a impedir que o “endurecimento das condições” torne mais onerosa sua execução, rompendo o equilíbrio das prestações ajustadas.¹⁴¹

Esses dispositivos contratuais têm, todos eles, a mesma e última função econômica: *permitir que as partes lidem com o risco* [previsível ou imprevisível], alocando-o entre si ou buscando o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato em caso de frustração das expectativas negociais.

5.14 Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico]

O agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões; a possibilidade do erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais.

136. REsp 5.723, relator o Min. EDUARDO RIBEIRO, julgado em 25.06.1991.

137. VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, 1.024.

138. Sobre os tipos de risco extraordinário, cf. COMPARATO, *O seguro de crédito*, 60 e ss.

139. Cf., para indicação bibliográfica, EROS ROBERTO GRAU e PAULA A. FORGIONI, *Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração. Teoria da imprevisão e fato do príncipe*. Mais recentemente, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Resolução por onerosidade excessiva*.

140. FRIGNANI, *Lo strumento contrattuale*, 51.

141. LUIZ OLAVO BAPTISTA, *A vida dos contratos internacionais*, 165.

Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial [que desembocará na “regulação natural do egoísmo”, para utilizar a lição de JHERING]. Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos [uns melhores, outros piores] que dá vida a um ambiente de competição [porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente].

A questão teórica que vem à mente é a explicação do erro, partindo da pressuposição de que os agentes atuariam, sempre, de forma racional, visando à obtenção do melhor resultado, como pregam alguns economistas. Autores da linha de POSNER, muito embora falem em “escolha” dos agentes econômicos, adotam noção de eficiência e de maximização que acaba paradoxalmente por eliminar esse mesmo processo de escolha.¹⁴²

É possível entender a relação entre escolha e erro dentro do sistema microeconômico¹⁴³ a partir da lição de WILLIAMSON: a maioria das atividades econômicas é desenvolvida por empresas [firms].¹⁴⁴ Estas não são meras “curvas de custo e de demanda”, indo além da “lógica do preço ótimo e da combinação de insumos”.^{145_146}

A empresa é um centro de tomada de decisões; há alocações de recursos que derivam da escolha do empresário, e não do comportamento dos preços. Não é em decorrência de uma alteração nos preços relativos que um trabalhador

142. Nas palavras de JEANNE SCHROEDER sobre POSNER, “his definition of rationality excludes the process of making choices” [Economic rationality in law and economics scholarship].

143. Os economistas tradicionais costumam explicar a diferença de comportamentos entre os agentes econômicos e seus erros apenas com base em sua “racionalidade limitada”. As assimetrias de informação e a impossibilidade de conhecimento de toda a realidade forçariam ação embasada não em uma racionalidade plena [SYLVIE LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, 62].

144. *The mechanisms of governance*, 94.

145. COASE, *The firm, the market and the law*, 3.

146. Explica COASE que, para os economistas, o sistema econômico funcionaria por si mesmo. Sua operação dar-se-ia sem um controle centralizado, sem uma visão geral. O fornecimento é ajustado à demanda e a produção ao consumo por um processo automático, elástico e confiável. Em suma, “the economic system works itself”. As escolhas dos agentes seriam apreendidas diretamente em função do mecanismo do preço [*The firm, the market and the law*, 34 e ss.].

muda do departamento y para o departamento x, mas simplesmente porque alguém ordenou que ele agisse desse modo!¹⁴⁷

Podemos dizer que o erro é possível dentro do sistema porque não é o “infalível” mercado que determina as jogadas e sim a lógica do empresário. Para cada sujeito, uma jogada, uma conclusão, mesmo que tomando as mesmas variáveis. Dado o “estímulo” pelo meio, cada qual reagirá de uma maneira, embora possamos conceber todos como economicamente racionais.

Essa verificação tem efeitos práticos relevantes para o direito. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua “álea normal” [= não derivado de alterações contextuais imprevisíveis].

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos [ou lucros] que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro [ou prejuízo]; apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte [agir conforme o direito]. Não fosse dessa forma e o sistema jurídico [i] estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise da microeconomia clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou [ii] desestimularia as contratações.

Um ordenamento que – em nome da proteção do agente econômico mais fraco – neutralizasse demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário poderia acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito. Em termos bastante coloquiais, o remédio erradicaria a doença e mataria o doente. Seria a condenação da busca pela vantagem competitiva.¹⁴⁸

No entanto:

[i] a mesma lógica do direito comercial não pode e não deve ser aplicada, tal e qual, a relações jurídicas das quais participam terceiros que não empresários. Por exemplo, as relações entre fabricantes e consumidores [inclusive

147. “Yet in the real world we find that there are many areas where this does not apply. If a workman moves from department Y to department X, he does not go because of a change in relative prices, but because he is ordered to do so” [COASE, *The firm, the market and the law*, 35].

148. Definida no § 1.º do art. 36 da Lei Antitruste brasileira [Lei 12.529, de 2011]: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”.

para fins de proteção do mercado] são regidas por cânones diversos, em que se garante proteção para a parte tida como hipossuficiente. Ou seja, o direito comercial não se presta a uma “consumerização”; e

[ii] ainda que considerando relações entre empresários, é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de consagrarmos igualdade meramente formal. Note-se, entretanto, que o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir os “erros” eventualmente praticados [mas isso não exclui a atuação do Estado para, implementando uma política pública, propiciar condições de concorrência e de sobrevivência para as empresas menos poderosas ou em posição de sujeição].¹⁴⁹

5.15 Oportunismo e vinculação

A parte gostaria de vincular o parceiro comercial e, ao mesmo tempo, permanecer livre para abandonar aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente como mais interessante.

Mediante a celebração do contrato, a parte tende a buscar a vinculação do parceiro; entretanto, se lhe fosse permitido, preferiria permanecer livre para desvencilhar-se do negócio.

Essa observação é diretamente ligada ao oportunismo inerente ao agente econômico, ao qual nos referiremos mais adiante. Compreenda-se, nesse cenário, a importância da força obrigatória dos contratos [*pacta sunt servanda*] para o funcionamento do sistema, por coibir o comportamento oportunista da parte que abortaria o contrato.

5.16 Racionalidade limitada

Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz-se que sua racionalidade é limitada.

No mundo real, as partes simplesmente não conseguem prever todas as contingências futuras no momento que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão

149. A respeito da dependência econômica, v. PAULA A. FORGIONI, *O contrato de distribuição*, 277 e ss.; FRANCESCO MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia provata nella subfornitura*, 131; YVES GUYON, *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*, t. 1, 971; MARC COURTÈS, *Dependance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, 234 e ss.; AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, 216 e ss.; DAVID GERBER, *Law and competition in the twentieth century Europe: protecting Prometheus*, 324 e ss.

dados sobre a outra contratante, sobre os possíveis desdobramentos do ambiente institucional, sobre o porvir. As empresas “não são capazes de prever todos os eventos futuros que poderão se verificar no curso da relação, não são capazes de adquirir e processar todas as informações relevantes para delinear planos de ação adequados, não são capazes de descrever em um contrato todas as possíveis eventualidades de forma clara e não ambígua”.¹⁵⁰

Por conta disso, afirmam os economistas que os agentes econômicos agem impedidos pela *racionalidade limitada* e não por uma racionalidade plena e onisciente – que existiria se tudo fosse perfeito.

A ideia de racionalidade limitada foi proposta inicialmente por HERBERT SIMON e baseia-se na constatação de que, contrariamente ao que prega a economia clássica, as habilidades humanas de cognição não são infinitas.¹⁵¹ A

150. ANTONIO NICITA e VICENZO SCOPPA, *Economia dei contratti*, 19.

151. A definição do “homem econômico” postula que “an ‘economic man’, who, in the course of being ‘economic’ is also ‘rational’. This man is assumed to have knowledge of the relevant aspects of his environment which, if not absolutely complete, is at least impressively clear and voluminous. He is assumed also to have a well-organized and stable system of preferences, and a skill in computation that enables him to calculate, for the alternative courses of action that are available to him, which of these will permit him to reach the highest attainable point on his preference scale” [HERBERT SIMON, *A behavioral model of rational choice*, 99]. A respeito dessa visão sobre o “homem econômico”, esclarece ARTHUR BARRIONUEVO FILHO: “Esse pressuposto é adotado por alguns economistas, para quem o homem econômico caracteriza-se por dois aspectos [i] racionalidade instrumental e [ii] autointeresse. No entanto, essas duas premissas têm sido contestadas. À ideia de racionalidade instrumental plena contrapõe-se a ‘racionalidade limitada’, conceito definido por H. Simon, que assume a capacidade analítica limitada e a incompletude das informações disponíveis para o tomador de decisão. Supondo a racionalidade limitada, o tomador de decisão seria alguém em busca do ‘satisfatório’ ao invés do ‘ótimo’, pois as condições para atingir este último não estariam presentes, ou teriam um custo maior do que o benefício [esse é o conceito de ‘quase-racionalidade’, desenvolvido por AKERLOFF]. Essa limitação própria do agente econômico pode ser considerada aceita por boa parte dos economistas da corrente principal [neoclássicos, novos-keynesianos etc.]. Ou seja, hoje se entende que o agente econômico é maximizador de ganhos, mas sujeito à limitações de capacidade analítica e informação. O segundo ponto, referente ao autointeresse, foi questionado pela economia experimental. Para essa corrente, na prática do mercado, os indivíduos não se comportam baseados exclusivamente no autointeresse. Assim, o altruísmo não seria uma ‘escolha moral’, mas comportamento a ser explicado. Entretanto, ainda não há uma explicação robusta aceita pela teoria econômica para esse problema. A ‘reciprocidade forte’ é uma hipótese que vem ganhando peso; trata-se de explicação de fundo sociobiológico, qual seja, a seleção natural darwinista operaria

racionalidade limitada “refers to behavior that is intendedly rational but only limitedly so; it is a condition of limited cognitive competence to receive, store, retrieve, and process information”.¹⁵²⁻¹⁵³ O comportamento humano liga-se não apenas à racionalidade; tem a ver também com complicadas forças motrizes como intuição, crenças e paixões. Não existe essa “racionalidade olímpica” [HERBERT SIMON] pregada por muitos economistas.

Apesar das limitações a que estão sujeitos, os agentes econômicos *buscam agir racionalmente*.¹⁵⁴ “Elas reconhecem que não são capazes de prever todas as coisas que podem vir a ser importantes, elas compreendem que a comunicação é custosa e imperfeita e que os entendimentos são sempre deficientes, e elas sabem que não podem encontrar matematicamente a melhor solução para problemas difíceis. Elas podem agir de forma intencionalmente racional, procurando fazer o melhor possível dadas as limitações sob as quais trabalham. E elas aprendem”.¹⁵⁵

A concepção da racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos são *racionais*, porém afirma que exercem essa racionalidade dentro das inapeláveis fronteiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem.

não sobre indivíduos, mas sobre grupos. Portanto, a ‘moral altruísta’, religiosa ou não, seria funcional à sobrevivência de grupos. Neste ponto, caberia a questão: ‘Como ficou a situação atual na teoria econômica?’. Os modelos econômicos continuam sendo baseados na racionalidade instrumental e no autointeresse, mesmo porque esses pressupostos são mais fáceis de representar matematicamente. Todavia, há a consciência dos problemas apontados acima e tentativas de solucioná-los” [em conferência proferida na cidade de São Paulo, em fevereiro de 2008].

152. WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, 377.

153. Para a explicação em língua portuguesa da racionalidade limitada, CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Condutas tendentes à dominação dos mercados – Análise jurídica*, 38 e ss. Ainda em língua portuguesa, vale transcrever a definição de FARINA *et alii*: “pressuposto comportamental segundo o qual os indivíduos agem racionalmente [utilizam, na medida do possível, os meios para atingir os fins desejados], encontrando, porém, limites em sua capacidade de resolver problemas complexos. Sua principal consequência [...] é a incompletude dos contratos” [*Competitividade, mercado, Estado e organizações*, 286].

154. “People can respond sensibly to these failings; thus it might be said that people sometimes respond rationally to their own cognitive limitations, minimizing the sum of decision costs and error costs” [CHRISTINE JOLLS, CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER, *A behavioral approach to law and economics*, 1.477].

155. MILGROM e ROBERTS, *Economics, organization and management*, 129-30. No mesmo sentido, CHRISTINE JOLLS, CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER, *A behavioral approach to law and economics*.

O direito mercantil sempre reconheceu a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas à transação e ao futuro; *a racionalidade limitada dos economistas não nos é estranha*. Ao longo dos séculos, o sistema jurídico criou mecanismos para lidar com essa incompletude. Eloquentes exemplos são o instituto da excessiva onerosidade, que autoriza a denúncia no caso do advento de evento imprevisto e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual.¹⁵⁶

Outra diferença entre a visão econômica e a jurídica é que, para a primeira, “o ser humano tem *limites em sua capacidade de lidar com problemas complexos*, mesmo que a informação lhe seja plena e sem custos”.¹⁵⁷ No Direito, esse fato é identificado com as possibilidades de ação que o mercado abre para a empresa e não como um problema.

Por exemplo, diante da valorização do real em face do dólar norte-americano, alguns agentes preferirão investir em maquinário pesado, enquanto outros no incremento do estoque de matéria-prima importada. Juridicamente, essas diversas estratégias não provêm de restrições da capacidade cognitiva do agente, mas do leque de opções que o ambiente institucional proporciona. Ao contrário dos economistas, nunca cogitamos que, para cada situação, haveria apenas *uma* solução correta e ótima.

5.17 Incompletude contratual

Os contratos não contêm – e não podem mesmo conter – a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes.

Discutiu-se no capítulo segundo a questão dos contratos incompletos. Viu-se que, na maioria das vezes, as partes não detêm todas as informações relacionadas ao negócio que pretendem celebrar, sendo a lacunosidade natural, ainda mais quando a relação é desenhada para ter longa duração.¹⁵⁸

156. Os economistas distinguem a *racionalidade limitada* da *incerteza*: a primeira é uma característica do *indivíduo*, enquanto que a segunda refere-se ao *ambiente*, ao *contexto contratual*.

157. ELIZABETH FARINA et al., *Competitividade, mercado, Estado e organizações*, 74.

158. Segundo os economistas, o contrato é “completo” quando “estabelece, para cada possível situação atual e futura, as obrigações recíprocas das partes quanto às prestações e pagamentos” e “o respeito a essas obrigações [*enforcement*] é assegurado pela capacidade de verificação de uma autoridade externa [um juiz ou tribunal] e pela possibilidade de impor sanções às partes eventualmente inadimplentes” [ANTONIO NICITA e VINCENZO SCOPPA, *Economia dei contratti*, 17].

A doutrina especializada costuma apontar as seguintes causas dessa incompletude:¹⁵⁹

[i] *impossibilidade de previsão do futuro*;¹⁶⁰

[ii] *improbabilidade do acontecimento de certos fatos*: alguns eventos, embora possam até ser cogitados, são tão improváveis que sua disciplina no contrato não se mostra compensadora. “[H]á limites para o tempo que nós podemos ou devemos perder procurando prever todas as contingências em nossos contratos”;¹⁶¹

[iii] *imprecisão da expressão do acordo*: a linguagem é naturalmente inexata e muitas vezes falha na exata determinação do contratado.

Tome-se como exemplo um negócio de fornecimento de matéria-prima celebrado por prazo indeterminado. As partes preverão o preço inicial do produto, que, seguramente, não poderá ser mantido ao longo dos anos. Outras fendas contratuais virão à tona, ainda mais se considerarmos a grande probabilidade de alteração das circunstâncias fáticas que circundam o negócio.

Que o desajuste do contrato ocorrerá ao longo de sua existência é mesmo evidente. Visando a afastar o rompimento posterior da avença, as empresas costumam prever, no momento inicial da contratação, mecanismos que visam a pacificar controvérsias futuras, que nem sempre funcionam a contento. Afirma-se que, por conta da incompletude contratual inerente à avença, o risco do rompimento sempre ameaçará a empresa.

Para o ente que realizou investimentos em ativos específicos, aumentando seu grau de dependência, a incompletude representa perigo mais elevado, pois pode incitar comportamento oportunista da outra parte.

Como explica BELLANTUONO, “[a] celebração de um contrato incompleto expõe as partes ao risco de serem forçadas a suportar os efeitos de uma situação

159. Cf. MILGROM e ROBERTS, *Economics, organization and management*, 130. Ainda sobre o mesmo tema, DAVID CAMPBELL e HUGH COLLINS, *Discovering the implicit dimensions of contracts*, 40 e ss. Estes autores destacam que a inserção do contrato em seu contexto traz dimensões implícitas não decalcadas na letra fria do papel. V. sobre a impossibilidade de o instrumento conter as “dimensões implícitas” das negociações, STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*.

160. “Our ability to predict the future is limited, and even careful business people often leave gaps in written contracts. The word changes and surprises us” [STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*, 54].

161. STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*, 54.

não prevista. As oscilações de mercado ou as inovações tecnológicas podem modificar a relação entre o custo e o benefício das prestações acordadas. Ainda que algumas situações possam ser geridas mediante a utilização de mecanismos de adequação, a incompletude do contrato torna-se relevante quando nenhuma cláusula contratual oferece resposta ótima aos eventos supervenientes. Nesse caso, a única possibilidade é a renegociação dos termos do acordo”.¹⁶²

5.18 Desvio de pontos controvertidos

Por vezes, para não obstar a realização do negócio, as partes deliberadamente evitam tratar de questões que geram desconforto.

A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do comportamento estratégico das partes que, visando à realização da transação, evitam enfrentar pontos controvertidos que poderiam ameaçá-la.¹⁶³ Deixam para a solução de alguns problemas para o futuro, até mesmo confiando no aumento do grau de dependência econômica que poderá ocorrer durante a relação. “Não criemos problemas” ou “quando acontecer, veremos o que e como fazer”, costuma-se afirmar nessas ocasiões.¹⁶⁴

Ao contratar, as empresas dirigem sua atenção para os aspectos *econômicos* do negócio e não para aqueles *jurídicos*. Seu foco costuma recair sobre o preço, condições de pagamento, características do bem ou do serviço adquirido etc. Em negócios de maior complexidade, o planejamento das chamadas “contingências” fica a cargo dos advogados. Com base em pesquisas empíricas, constatou-se que, para a maioria das empresas, a utilidade do contrato escrito

162. GIUSEPPE BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 75.

163. STEWART MACAULAY, em conhecido estudo empírico sobre o comportamento das partes nos contratos, indica que, durante as tratativas, os agentes econômicos podem assumir as seguintes posturas em relação ao negócio a ser implementado: [i] cuidadosamente planejar comportamentos, explicitando-os formalmente [*explicit and careful*]; [ii] possuir entendimento comum, mas tácito, sobre certa questão [*tacit agreement*]; [iii] possuir entendimentos divergentes, não manifestados expressamente [*unilateral assumptions*]; [iv] sequer cogitar de determinado problema [*unawareness of the issue*]. O autor esclarece que “[c]learly other intermediate points are possible” [Non-contractual relations in business: a preliminary study, 4].

164. “If I want a clause that says if event X takes place, the consequence Y will follow, you may demand something in exchange that I do not want to give you. When I anticipate this, it may be better to avoid raising the issue in negotiations and hope that the matter can be resolved if event X ever takes place” [STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*, 55].

é secundária quando comparada aos aspectos econômicos da transação.¹⁶⁵ Algumas condições não serão tratadas pelos homens de negócio e sim por seus assessores jurídicos que, desconhecendo importantes aspectos fáticos do empreendimento, não raro deixam de lhes dispensar a devida atenção.

5.19 Ambiente institucional

O negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar.

Os contratos devem ser considerados no ambiente que os circunda, condicionando-os. Não é possível desgarrar o negócio da realidade em que está inserto [chamada, pelos economistas, de “ambiente institucional”], tornando-o peça estéril de atribuições de obrigações desconexas da realidade. Frise-se bem: a empresa é um *agente que se move nesse ambiente institucional; existe* somente porque *age*. Essa *ação* é conformada pelo “conjunto de regras políticas, sociais e jurídicas que estabelecem as bases da produção, das trocas e da distribuição”.¹⁶⁶

Ao privilegiar a visão *objetiva* do negócio, o direito comercial torna-o reflexo das circunstâncias que levaram as partes à vinculação e que o contrato continua a embeber.

Para ilustrar a importância do contexto contratual, tomemos exemplo formulado por HUGH COLLINS. Quando Tício, pela manhã, pede um café na sofisticada cafeteria da esquina de sua casa, o significado de conduta derivará do contexto negocial – ou do que COLLINS chama de *implicit understandings*. A intenção de trocar o café por dinheiro somente pode ser reconhecida a partir do *contexto* em que o negócio se aperfeiçoa que, por sua vez, é condicionado pelo padrão de comportamento difundido entre as pessoas naquele local.¹⁶⁷ Se Tício visita seu amigo Caio e pede um café, a mesma solicitação não gera

165. No relato de COLLINS: “[B]usinessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingences. [...] The remaining issues that are typically included in the written contract by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction” [Regulating contracts, 150].

166. No original: “Set of fundamental political, social and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange and distribution” [LANCE DAVIS e DOUGLASS NORTH, *Institutional change and American economic growth*, 6].

167. “Our intention to make an exchange of a cup of coffee for money can only be understood from the context in which the conduct takes place, that is the retail shop,

expectativa de pagamento e muito menos outras que podem relacionar-se ao atendimento na especial cafeteria, como qualidade, sofisticação do serviço e alta qualidade dos grãos.¹⁶⁸

Na expressão de COLLINS:

“Contracts certainly have the distinctive quality of constituting a discrete, voluntary type of relationship, but like other forms of human association, they are nevertheless embedded in conventions, norms, mutual assumptions and unarticulated expectations”.¹⁶⁹

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de forma mais técnica e apurada, parafraseando ORTEGA Y GASSET, afirma “o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias”. As “circunstâncias negociais” assumem tal relevância a ponto de integrar o negócio jurídico. Consistem no

“[...] conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos. [...] As ‘circunstâncias negociais’ são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos”.¹⁷⁰

5.20 Tutela do crédito

A disciplina dos contratos empresariais prestigia a tutela do crédito.

O ordenamento jurídico ligado ao sistema de mercado há de prestar-se à defesa do crédito; a mecânica dos contratos empresariais deve incorporar esse pressuposto. Como assinala PAJARDI, “a credibilidade dos ordenamentos jurídicos modernos, no que diz respeito ao direito material e ainda mais à eficiência da jurisdição, que postula um processo estritamente eficaz, por sua vez, é ligada à capacidade concreta de tutela do crédito. De fato, é este último que, de várias formas, representa a cidadela jurídica da pessoa humana. Esta verte no crédito seu trabalho, o seu empenho existencial, sua própria economia

and the broader conventional patterns of people exchanging goods for money in that location” [The research agenda of implicit dimensions of contracts, 2].

168. Com o mesmo escopo, JUNQUEIRA DE AZEVEDO utiliza os exemplos de declarações de vontade feitas em um palco teatral ou em sala de aula, durante uma preleção [*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 122].

169. The research agenda of implicit dimensions of contracts, 2.

170. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 122.

e, definitivamente, as próprias esperanças e os próprios destinos econômicos, suporte indefectível de liberdade e de crescimento”.¹⁷¹⁻¹⁷² Por isso, CLÓVIS DO COUTO E SILVA inicia sua obra *A obrigação como processo*, assegurando que “a relação obrigacional [...] se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”.¹⁷³

Um sistema jurídico que não tutela o crédito acaba por desestimular o fluxo de relações econômicas e comprometer o seu próprio funcionamento. O direito não protege o crédito por uma questão de afirmação de valores liberais, para legitimar a supremacia do mais forte sobre o mais fraco ou algo dessa ordem. Esse mesmo crédito é um pilar de sustentação do mercado, indispensável à sua preservação. Se o sistema veda o enriquecimento sem causa, aquele que possui um crédito contra outrem ou [i] já experimentou uma diminuição em seu patrimônio e pretende recompô-lo, às vezes obtendo lucro, ou [ii] “congelou” trabalho, “gerou riqueza” e pretende ser remunerado por isso. Quem possui “crédito” “crê” em sua satisfação.¹⁷⁴

A título exemplificativo: quando o sistema jurídico disciplina a falência, tem em vista a tutela do crédito, ainda que modernamente sejam igualmente perseguidos outros valores, como a preservação das empresas e de empregos. O sistema – ainda que em nome da proteção de outros interesses – não poderia, simplesmente, “perdoar” os débitos do falido, sob pena de desestabilizar o ordenamento, com o conseqüente declínio do investimento.¹⁷⁵

171. PIERO PAJARDI, *Radici e ideologie del fallimento*, 6 e ss. No original: “la credibilità degli ordinamenti giuridici moderni in tema di diritto sostanziale, ed ancor più in tema di efficienza della giurisdizione, che postula un processo strettamente efficace, a sua volta, è proprio legata alla capacità concreta di tutela del diritto di credito. Infatti è ormai quest’ultimo che, in maniera variegatissima, rappresenta la roccaforte giuridica, della persona umana. Quest’ultima riversa nel credito il proprio lavoro, il proprio impegno esistenziale, il proprio risparmio, ed in definitiva le proprie speranze ed i propri destini sul piano economico, supporto quest’ultimo indefettibile di libertà quanto di crescita”.

172. A importância do crédito para o sistema econômico é de tal sorte que ASCARELLI reputa sua mobilização pelo direito comercial como um dos “institutos jurídicos que mais profundamente caracterizam o direito privado moderno” [*Panorama do direito comercial*, 34].

173. *A obrigação como processo*, 5.

174. “Appunto perchè in tanto una persona dà ad un’altra temporaneamente una cosa in quanto crede alla [conta sulla] restituzione, lo scambio temporaneo prende il nome di credito [...]” [CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, 5].

175. VIVANTE faz referência aos problemas enfrentados pelos comerciantes na Roma Imperial em virtude de normas que prejudicaram grandemente os interesses do crédito:

Por mais que outros valores sejam considerados dignos de tutela jurídica, a proteção do crédito continuará desempenhando função primordial na organização do sistema de direito mercantil e, especialmente, na disciplina e na execução dos contratos empresariais.

5.21 Egoísmo do agente econômico

A empresa perseguirá antes seu próprio interesse do que aquele do parceiro comercial.

Pode-se esperar [e até supor] que pessoas físicas sejam altruístas, sacrificando-se pelo bem comum ou por seu semelhante. Assumir ou não essa premissa depende da postura que cada um mantém diante do mundo e da esperança que deposita na humanidade.

Mas, no giro empresarial, nem mesmo a dúvida tem lugar. Ninguém cogita ou pode legitimamente imaginar que empresas “amem o próximo como a si mesmas”; *atos de liberalidade são estranhos ao tráfico mercantil*. Por ser empresa, entende-se que o ente perseguirá seus interesses em primeiro lugar; o agente econômico é *naturalmente egoísta*. Sem prejuízo da possibilidade ou probabilidade de cooperação, nos contratos empresariais é de se assumir que, se houver chance e for economicamente vantajoso, cada qual situará o seu escopo adiante daquele do parceiro.¹⁷⁶

O egoísmo será tolerado pela ordem jurídica na medida em que incrementar o tráfico, pois são muitas as situações em que o comportamento individualista traz benefícios para o fluxo de relações econômicas. Por exemplo, a concorrência somente é possível porque uma empresa busca superar a outra, conquistando mercado. Não fosse esse empuxo, apanágio da busca pelo lucro, não haveria competição, mas situação de marasmo em que todos estariam satisfeitos, não buscariam posições melhores e inexisteriam mobilidade e progresso. *Por conta disso, o egoísmo pode ser útil ao sistema e levar ao desenvolvimento.*

“Solo negli ultimi secoli dell'impero, sotto l'influenza di tristi condizioni economiche, si cercò di venire in aiuto ai debitori con numerosi provvedimenti legislativi che pregiudicarono grandemente gli interessi del credito. Questa fu una delle ragioni per cui più tardi, quando il commercio risorse e fiorì, si sentì la necessità di leggi e di usi speciali che sciogliessero la rinnovata attività commerciale dalle regole fiacche e pietose che, per una malintesa clemenza pei debitori, erano invalse nel diritto di Roma imperiale” [Istituzioni di diritto commerciale, 4].

176. Trata-se do *homem econômico*, cuja configuração tradicional vem sendo alvo de críticas nos últimos anos, pois a propensão à *colaboração* condicional ou comportamento do agente. De qualquer maneira, a existência de outros fatores não retira a importância do autointeresse para explicar o comportamento de entes que visam ao lucro.

Desdobramento direto do egoísmo do agente econômico é seu *oportunistismo*, que o mantém à espreita, visando a identificar e a usar em seu favor todas as oportunidades que surgirão, ainda que em detrimento dos outros.¹⁷⁷

A admissão de comportamentos oportunistas que não servem ao tráfico mercantil teria por efeito o aumento dos custos das transações; em ambiente hostil, cada negócio requer que uma parte procure se proteger contra o comportamento inadequado da outra.¹⁷⁸ Explica-se a afirmação dos economistas de que a disciplina dos contratos [IX] busca a contenção *do oportunismo nas trocas não simultâneas*.¹⁷⁹

O egoísmo [característica do agente] e oportunismo [o agir impellido pelo egoísmo] são tomados pelo sistema como *características* da empresa ou de seu comportamento que, algumas vezes, devem ser toleradas e, em outras, evitadas e proibidas; *tudo sempre no interesse geral do comércio*.

5.22 Forma nos contratos empresariais

No direito comercial, a forma assumida pelos negócios é instrumental ao bom fluxo de relações econômicas.

A doutrina comercialista sempre apontou a informalidade como uma das principais diferenças entre os negócios civis e mercantis.¹⁸⁰ O tráfico não pode ser obstado por formalismos inúteis; a esse propósito, lembre-se de que o direito comercial surge também para liberar os mercadores das amarras romanísticas, que embaraçavam seus negócios.

Na área empresarial, as formalidades prestam-se a lubrificar o fluxo de relações econômicas, aumentando a segurança e a previsibilidade dos agentes e

177. Segundo WILLIAMSON: "Opportunism is a variety of self-interest seeking but extends simple self-interest seeking to include self-interest seeking with guile" [Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, 234, nota 3].

178. BRASÍLIO MACHADO noticia que, diante de tantas fraudes e abusos cometidos após a abertura dos portos em 1808, uma vez que "não tínhamos leis precisas, leis fixas, leis bem determinadas para impedir a fraude, de modo que o commercio do tempo da independencia decahiu extraordinariamente, e eram communs os actos de fraude, razão pela qual o commercio entendeu que devia dirigir-se ao governo e pedir medidas severas para punir esses actos de fraude que tanto comprometiam a seriedade e a boa fé do commercio" [O Código Commercial do Brasil em sua formação histórica, 251].

179. MICHAEL TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, 16.

180. Na dicção de VIVANTE: "[I]l commerciante come uomo d'affari, la cui professione sta nel contrattare, ha tale energia di pronte ed accorte deliberazioni che è superflua per lui la cautela delle forme solenni" [Trattato di diritto commerciale, v. IV, 67].

não a fins insensatos, desconectados do mercado.¹⁸¹ Na linguagem própria aos economistas, *as formalidades diminuem os custos de transação*, seja por acoplar determinadas garantias ao negócio, seja por espriar informações relevantes para o tráfico.

Os livros dos comerciantes são interessante exemplo. As formalidades que os cercam prestam-se a incrementar sua força probante, facilitando a prestação de informações ou a comprovação de fatos. A transferência do controle de sociedade anônima com vultoso patrimônio é realizada sem a participação de qualquer agente público, mediante os adequados lançamentos no livro de registro de ações nominativas e no livro de transferência de ações, em manobra que não costuma tomar mais de alguns minutos. Se as ações da companhia forem escriturais, essa transferência dar-se-á em segundos pelos lançamentos nas contas de depósito mantidas junto à instituição financeira competente. Nos termos do art. 100, § 1.º, da Lei 6.404, de 1976, qualquer interessado pode solicitar certidões sobre as informações constantes naqueles livros. Seguindo os exemplos da Lei Societária, todas as publicações ali ordenadas informam o mercado dos andamentos dos negócios sociais, diminuindo assimetrias informacionais que seriam prejudiciais ao público investidor e à economia em geral.

As formalidades, no direito comercial, somente se justificam porquanto úteis ao fluxo de relações econômicas.

5.23 Contrato e informações

A imposição de padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o incremento do fluxo de relações econômicas.

O agente econômico está legitimamente autorizado a presumir que seus parceiros comerciais são aptos a realizar negócios. Um dos desdobramentos dessa assunção é que eles detêm – ou deveriam ter diligenciado para deter – as *informações* relevantes à contratação, passíveis de serem obtidas a custo razoável.

Não se espera que, no momento da vinculação, as empresas efetivamente disponham de *todas* as informações sobre o negócio ou sobre o contexto fático

181. A liberdade de forma justificava-se porque a prova na seara comercial não poderia ficar adstrita à escritura pública. Comentando o art. 122 do Código Comercial, afirma WALDEMAR FERREIRA: “Basta para comprovar o contrato mercantil o simples documento assinado pelas duas partes, ou a correspondência epistolar, telegráfica, radiográfica ou telefônica, com a proposta de aceite do negócio, para sua validade” [*Tratado de direito mercantil brasileiro*, v. I, 125].

que o circunda [mesmo porque isso seria *impossível*]. Ao contrário, o tráfico exige apenas que:

[a] a empresa tenha se esforçado razoavelmente para obter as informações sobre o negócio; se não o fez, presume-se que essa foi sua opção consciente [a busca de informações é processo custoso e a empresa pode deliberadamente não o levar adiante, assumindo o risco da informação defeituosa]; e

[b] as empresas não omitam informações relevantes à contraparte.

O ordenamento exige que o empresário empregue a diligência *normal* dos homens sensatos e prudentes para granjear as informações referentes à contratação. Não lhe é reclamado mais, pois isso aumentaria sobremaneira os custos de transação.

Por outro lado, a empresa que detiver grau de informação *inferior* àquele que dela seria esperado deverá suportar os eventuais prejuízos decorrentes dessa falta. Muitas vezes, o agente econômico tem consciência de que possui quantidade de informações aquém do ideal. Se segue com negócio, deverá arcar com os *riscos* correspondentes a essa sua estratégia.

Mediante a presunção *objetiva* do nível ideal de informação do agente em cada contratação, o sistema de direito comercial busca disciplinar questão complexa. “[I]t is difficult to conceive of a choice as autonomous without basic information on its implications, but because information is often costly it may be rational to choose to forgo the acquisition of further information where its expected benefits are less than its expected costs”.¹⁸²

Como exemplo, retomemos o exemplo da empresa A, que pretende terceirizar as atividades de limpeza de suas instalações. Seu presidente entende tratar-se de questão menor, que desaconselha gastos para resolução; ordena que seja contratada “qualquer limpadora”, desde que prontamente. Dessa forma, A não despenderá recursos para a seleção da parceira B. No entanto, esse comportamento eleva os *riscos* de insucesso da estratégia. Note-se bem: não é dito que a contratação de B não será uma boa opção; apenas que A, com sua atitude, assumiu o risco de que não o fosse.

A prestação de informações à outra parte segue a mesma lógica: dentro dos padrões da *boa-fé objetiva* [i.e., considerando a legítima expectativa criada pela prática de mercado] deve-se tomar a quantidade e a qualidade de dados *normalmente* oferecidos em negociações semelhantes.

Espera-se que sejam reveladas as informações importantes para a contratação, i.e., que podem influenciar a decisão de contratar ou de não contratar

182. MICHAEL TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, 103.

e impactar sua formatação básica, desde que a prestação dessas informações não implique custos irrazoáveis para a parte. A omissão, por uma empresa, de dado relevante para o negócio do qual tem ciência costuma ser entendida como contrária ao padrão de comportamento esperado do agente econômico.

Eis outra diferença entre o sistema consumerista e o comercialista. O padrão imposto aos homens de negócio supõe que buscarão diligentemente as informações necessárias à tomada da sua decisão; ao revés, não se espera do consumidor grande empenho na coleta de dados a partir do momento em que o fornecedor está vinculado à “transparência obrigatória nas relações de consumo”.¹⁸³

183. O fenômeno é destacado por CLAUDIA LIMA MARQUES: “É a nova transparência obrigatória nas relações de consumo, em que vige um novo dever de informar, imputado ao fornecedor de serviços e produtos, e uma nova relevância jurídica da publicidade, instituída pelo CDC como forma de proteger a confiança despertada por este método de marketing nos consumidores brasileiros” [*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 191. Itálicos nossos]. Com efeito, embora se tenha notícia da existência, há séculos, de regras impondo a obrigatoriedade da prestação de informação aos consumidores, até há pouco não se esperava [= não se exigia] que o comerciante prestasse essas informações *sponte propria*, senão, simplesmente, que seguisse as prescrições específicas das leis e dos regulamentos incidentes sobre sua atividade e/ou os produtos ou serviços que comercializasse. Tome-se, à guisa de exemplo, a Lei 1.521, de 26.12.1951, que considerava crime contra a economia popular “expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição” [art. 2.º, inciso III]. A preocupação com a informação aos consumidores restringia-se à obrigatoriedade de “anter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes” [art. 2.º, inciso VI, *in fine*]; a coibição de “dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios” referia-se somente a “títulos, ações ou quotas” [art. 3.º, inciso VII]. A Lei Delegada 4, de 26.09.1962, considerava ilícita somente a atividade de “produzir, expor ou vender mercadorias cuja embalagem, tipo especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real” [art. 11, alínea f], nada dispondo sobre a prestação adicional de informações. As palavras de PAOLO GALLO, referindo-se ao direito italiano, são plenamente aplicáveis à realidade brasileira anterior a 1990: “In base all’opinione tradizione occorreva escludere l’esistenza di un dovere generale d’informazione. Le esigenze dei traffici e della competizione economica era infatti considerate preminenti rispetto a quelle di correttezza e di solidarietà. In applicazione dei principi di autoresponsabilità, tipici specie del diciannovesimo secolo, si pensava che ciascuna parte dovesse bastare a se stessa e non fosse soggetta ad alcun obbligo di correttezza e di informazione nei confronti della controparte; chiunque era in linea di principio libero di approfittare a proprio vantaggio degli errori e delle mancanze di conoscenza altrui. In queste condizioni

Por exemplo, em processo de compra e venda de controle de sociedade, não se confia que o vendedor entregará relatório detalhado sobre o andamento de cada uma das ações judiciais da qual a empresa participa, a menos que isso seja expressamente contratado. Conta-se, apenas, que eventuais contingências sejam devidamente registradas e que as notas explicativas às demonstrações financeiras correspondam à realidade. Em relação ao consumidor, por conta da presunção de sua hipossuficiência, entende-se que o fornecedor deva prestar as informações necessárias sobre o bem – e não que o consumidor busque-as *sponte propria*.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

5.24 Informação e oportunismo [relação “principal/agente”]

A empresa tende a utilizar a informação que detém em proveito próprio, e não naquele da contraparte.

Em determinados contratos mercantis, o interesse das partes não é coincidente porque uma delas necessita da colaboração da outra para desenvolver suas atividades de forma mais adequada e lucrativa. A empresa cuja colaboração se requer tende a situar seus escopos em primeiro lugar, o que pode prejudicar sua parceira comercial.

Essa situação, identificada no direito como um tipo de conflito de interesses, é bastante estudada pelos economistas, que a denominam “relação

l'esistenza di doveri di informazione poteva operare solo in presenza di specifiche disposizioni legislative in questo senso [...] [Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto, 162].

184. Não tratamos, aqui, da disciplina do fluxo de informações no mercado de valores mobiliários, que segue escopos mais amplos, visando a diminuir as assimetrias informacionais existentes entre as empresas e os investidores.

185. Nessa linha, a disciplina jurídica dos vícios redibitórios trata de questões derivadas da ausência de informações sobre o bem adquirido e dos procedimentos a serem adotados nessas situações.

Nosso Código Comercial determinava, em seu art. 210, que o vendedor, mesmo depois da entrega, ficaria responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida “que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço”. Ou seja, disciplina-se a *informação relevante* sobre a coisa, que influencia a decisão de contratar e o preço a ser pago. Quanto à diligência das partes, estabelece que somente terá lugar a indenização caso se trate de informação que “o comprador não podia descobrir”. O Código Civil de 1916 [art. 1.101 a 1.106] e o novo Código Civil [art. 441 a 446] tratam a questão de forma ligeiramente diversa, sem destacar expressamente o conhecimento que se espera seja detido pelo comprador.

principal/agente”, em literal tradução da expressão em língua inglesa *principal/agent*.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

Tenha-se como exemplo dessa espécie de situação aquelas relativas aos contratos de distribuição ou de representação comercial. Embora haja escopo comum entre fabricante e distribuidor, cada empresa buscará a satisfação prioritária de seu interesse, em detrimento daqueles de sua parceira – o “agente” [distribuidor] tomará decisões capazes de prejudicar os negócios do “principal” [fabricante].¹⁸⁸

Sempre a título de ilustração, cogite-se que a empresa A decide organizar sua biblioteca e contrata B para auxiliá-la nessa empreitada. B dirige-se a um conhecido sebo e, deparando-se com obra rara oferecida a excelente preço, inclina-se a adquiri-la para si e não para o acervo de A. A tendência de A é contentar seu interesse, antes daquele de B.

Geralmente, apontam-se duas alternativas para a solução desse problema: [i] concessão de incentivos para que o agente comporte-se de acordo com os fins do principal;¹⁸⁹ e [ii] obrigatoriedade de prestação, pelo agente, de informações sobre sua atividade e/ou sobre o mercado.

A Lei de Sociedades por Ações, ao dispor sobre a atividade do administrador, disciplina situação típica de agente/principal. Nessa linha, a imposição do *dever* de perseguir o bem da sociedade, independentemente dos seus interesses ou daqueles de quem o elegeu,¹⁹⁰ sendo-lhe vedado aproveitar oportunidades de negócio em detrimento da companhia. Igualmente, os arts. 667 e seguintes do Código Civil impõem deveres ao mandatário, visando precipuamente

186. A tradução do termo “principal” seria “ordenante”, “concedente em geral”. Entretanto, como esclarece o *Dizionario Giuridico* de FRANCESCO DE FRANCHIS, trata-se de “termo cujo preciso significado é acertado caso a caso nos diversos contextos em que é empregado” [v. I, 11.85-6]. *Principal and agent* significariam “representante e representado” em sentido muito amplo; são termos que podem ser subsumidos ao instituto da *agency*, típico da *common law*, que vai além da mera relação de representação.

187. Do ponto de vista jurídico, a questão foi explicada entre nós por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, ao referir as “relações entre os interesses”: “Quando [...] a satisfação de uma necessidade exclui a de outras, dá-se, então, o conflito, que é a consequência da limitação dos bens, em confronto com as necessidades do homem” [*Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, 16 e ss.].

188. THRÁINN EGGERTSSON, *Economic behaviour and institutions*, 41.

189. A questão do monitoramento dos agentes e dos incentivos é discutida por EUGENE F. FAMA no clássico texto *Agency problems and the theory of the firm*, em que aborda problemas referentes à administração das grandes corporações.

190. Cf. art. 153 e ss. da Lei 6.404, de 1976.

à proteção do mandante. Ainda, o representante comercial deve fornecer ao representado “informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos”.¹⁹¹

Para o jurista, a compreensão da situação agente/principal é importante para desvelar a função econômica de várias cláusulas contratuais normalmente utilizadas pelos agentes para atribuir incentivos ou controlar o desempenho da contraparte.

5.25 Modificação do comportamento pós-contratual [*moral hazard*]

A celebração do contrato pode levar à alteração do comportamento de uma parte, em detrimento da outra.

Por vezes, o estabelecimento do vínculo contratual instiga uma parte a modificar seu comportamento, prejudicando sua parceira comercial. Trata-se de espécie de “oportunistismo pós-contratual”, denominado “risco moral” ou *moral hazard*.

O mais comezinho exemplo de *moral hazard* refere-se ao seguro. A empresa segurada, depois da contratação, tende a não agir com a diligência de antes, pois tem ciência de que será indenizada na eventualidade de sofrer prejuízos. O motorista que segura seu veículo não mantém o mesmo incentivo para guardá-lo em estacionamento, aumentando as probabilidades de deixá-lo pela rua, à mercê dos bandidos.

O *moral hazard* demanda disciplina para que as consequências prejudiciais ao tráfico mercantil sejam mitigados. Para facilitar a compreensão, considere-se situação em que as empresas A e B celebram contrato, mediante o qual B fornecerá a A determinado bem, pelo prazo de dez anos. É possível que, após a contratação, B diminua a qualidade dos produtos fornecidos a A sem, contudo, resvalar no inadimplemento. Por essa razão, não são incomuns cláusulas que visam ao monitoramento da qualidade da prestação. Visando a atenuar o *moral hazard*, no campo dos seguros, a indenização do agente econômico por vezes é estabelecida em patamar inferior ao valor real do dano sofrido.

No mesmo diapasão, a corrente jurisprudencial que, interpretando o art. 214 do Código Comercial, sempre obrigou o vendedor a fazer a coisa alienada “boa, firme e valiosa” para o comprador, mesmo após a transferência da propriedade, visa a coibir o risco moral. Os Tribunais Nacionais, decidindo sobre o dever de não concorrência na alienação de estabelecimentos comerciais, construíram um dos mais belos capítulos da jurisprudência comercial,

191. Cf. art. 28 da Lei 4.886, de 09.12.1965.

obrigando o alienante a proteger os interesses do comprador, abstendo-se de perturbar o gozo da coisa adquirida.¹⁹²

Em síntese, a imposição legal do dever de colaboração visa à coibição do *moral hazard*.

5.26 Aumento da dependência econômica pelo contrato

O contrato pode levar ao aumento do grau de dependência econômica das partes.

No capítulo segundo, destacamos que a maioria dos contratos encerra situações de dependência econômica. Vale aprofundar o tema.

Não é incomum que a conclusão do negócio demande investimentos específicos – denominados, pelos economistas, “investimentos idiossincráticos”.¹⁹³ Por exemplo, a adaptação da linha de produção do fornecedor para satisfazer a necessidade específica de seu [futuro] parceiro comercial.

Nessas situações, a parte que realiza a inversão vê aumentar sua dependência em relação à outra, pois o desfazimento do negócio, com muita probabilidade, causar-lhe-á perdas. A sujeição será ainda maior se, após o término da relação, esses gastos não puderem ser recuperados [“custos irrecuperáveis” ou *sunk costs*]. Imagine-se a empresa B que, para distribuir os produtos de A, investe pesadamente em publicidade. Findo o contrato que mantém com A, B não conseguirá recuperar o quanto despendido na promoção.¹⁹⁴⁻¹⁹⁵

192. Sobre essa construção jurisprudencial, cf. EROS ROBERTO GRAU e PAULA A. FORGIONI, Cláusula de não concorrência ou de não restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica, 273 e ss.

193. Em vários textos, WILLIAMSON destaca que um dos elementos mais relevantes da relação contratual é a *especificidade de ativos*. “The crucial investment distinction is this: to what degree are transaction-specific [nonmarketable] expenses incurred. Items that are unspecialized among users pose few hazards, since buyers in these circumstances can easily turn to alternative sources, and suppliers can sell output intended for one order to other buyers without difficulty. Nonmarketability problems arise when the specific identity of the parties has important cost-bearing consequences. Transaction of this kind will be referred to as idiosyncratic” [Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, 239].

194. Em determinados casos, os investimentos específicos e irrecuperáveis feitos por uma das partes podem significar comprometimento [*commitment*] que atesta a seriedade de intenções, i.e., a pouca disposição de se abandonar o negócio. Nestas hipóteses, o “comprometimento mútuo de ativos específicos” poderia incentivar o aumento do grau de colaboração entre as partes [ROBSON ANTONIO GRASSI, Williamson e “formas híbridas”: uma proposta de redefinição do debate, 55 e ss.].

Porque os investimentos idiossincráticos e irrecuperáveis aumentam o grau de dependência de uma parte em relação à outra, impactam a dinâmica das relações contratuais e não podem ser desprezados pelos juristas. *Maiores os investimentos e menores as possibilidades de posterior recuperação, mais ameaçador o término contratual para a parte que os realizou.*

Alguns contratos têm a situação de dependência econômica como apanágio típico, sendo impossível à parte ignorá-la no momento da vinculação. Supõe-se que as empresas aderem *voluntariamente* a esses esquemas contratuais, ponderando previamente as consequências da diminuição de sua liberdade.

No contrato de franquia, o franqueado sabe que deverá desenvolver atividades ao abrigo de marca que não é sua – i.e., que, de certa forma, passará a depender do fornecedor. Se abraça o negócio, presume-se ter ponderado que os lucros vindouros compensariam as adversidades. “Cômodo quem o tem, deve suportar o incômodo”, na máxima divulgada por TEIXEIRA DE FREITAS.¹⁹⁶

Disciplinando situações análogas àquela que ora expomos, o novo Código Civil determinou que a denúncia dos contratos de longa duração não produzirá efeitos antes de recuperados os investimentos realizados.¹⁹⁷ Com isso, evita que o término abrupto do negócio traga prejuízos indevidos à parte que investiu no empreendimento.

Ao contrário do que pretendem muitos, esse dispositivo *não* atua contra a lógica de mercado. Incentiva o tráfico ao coibir a exploração oportunista da dependência gerada pelo negócio, reduzindo o risco moral [*moral hazard*].

195. A existência de investimentos idiossincráticos normalmente gera o fenômeno do *hold up*, que se verifica na presença dos seguintes pressupostos: [i] existência de investimentos idiossincráticos que, eventualmente, significarão *sunk costs*; [ii] viabilidade de amortização desses investimentos apenas a longo prazo e [iii] investimentos “assimétricos”, ou seja, realização de investimentos significativamente maiores por uma das partes do que pela outra. Cf. DORIS HILDEBRAND, *Economic analysis of vertical agreements – A self-assessment*, 18. Para um resumo da teoria do *hold up*, cf. ROBERT FREELAND, *Creating holdup through vertical integration: Fisher body revisited*, em que são analisados os trabalhos pioneiros de KLEIN, CRAWFORD e ALCHIAN.

196. *Regras de direito*, 246.

197. “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

5.27 “Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”

Por força do princípio do *pacta sunt servanda*, diante do descumprimento contratual, a ordem jurídica obriga a parte faltosa ao adimplemento da obrigação ou ao pagamento da indenização correspondente. Os contratos são, por definição, *executáveis* ou, como preferem os economistas, *enforceable*.

Entretanto, na realidade dos fatos, mostra-se mais importante a *possibilidade* de execução do pacto do que propriamente sua execução; é a *eventual* execução [e não a execução em si] que influencia a dinâmica da relação entre as partes. O temor dos prejuízos de demanda judicial futura influencia marcadamente o comportamento presente das partes, projetando uma “sombra para o futuro”.

Poucas vezes as disputas que emergem durante a vida contratual são levadas ao Judiciário ou à arbitragem; sua grande maioria é resolvida pelos próprios agentes econômicos. “Compromissos são assumidos na pressuposição de que as partes manterão a relação e não estão limitadas pelos aspectos legais considerados pelo juiz na apreciação do problema”,¹⁹⁸ o que facilita o acordo.

Os agentes econômicos têm ciência de que o caminho até a obtenção da decisão judicial ou arbitral costuma ser longo e custoso. Acabam preferindo meios “extralegais” para a solução do impasse. Essa situação pode até mesmo fomentar o comportamento oportunista do inadimplente, que usa em seu benefício os percalços típicos dos procedimentos exógenos de pacificação de controvérsias. Aquele que descumpriu o acordo tem ciência de que, diante dos custos da solução judicial ou arbitral, a parte inocente tende a adotar posição mais complacente durante as negociações.

5.28 Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica?

O novo impulso dado à utilização de institutos tradicionais do direito comercial reacende a discussão sobre a *insegurança jurídica*, na medida em que podem dar origem a deveres não *expressamente contratados* pelas partes. É preciso reconhecer que, por força de institutos como a boa-fé, o padrão do homem ativo e probo, a proteção da legítima expectativa etc., o agente econô-

198. No original: “compromises are reached in the light of their part to maintain an existing relationship between them; they are not limited to the ‘legal’ considerations which the judge may properly take into account when reaching a judgment” [HARRIS e VELJANOVSKI, The use of economics to elucidate legal concepts: the law of contract, 116].

mico resta vinculado a comportamentos que não foram por ele *explicitamente* negociados.

No passado, embora nunca tenha sido negada a importância desses institutos para a disciplina do tráfico, sua discussão explícita foi arrefecida.¹⁹⁹ Os tribunais aplicavam a lógica a eles inerente, ao mesmo tempo em que evitavam embasar as decisões declaradamente em conceitos fluidos como a boa-fé. Por exemplo, são raros acórdãos impondo expressos deveres às partes por força dos usos e costumes comerciais.

No campo da teoria geral do direito civil, para muitos autores, a inserção no negócio de cláusulas não expressamente desejadas e negociadas pode levar ao sacrifício da autonomia da vontade e à submissão das partes ao arbítrio do legislador, do jurista ou do intérprete.²⁰⁰

Ilustrativa a esse respeito é a contenda mantida entre BETTI e STOLFI no final dos anos 40.²⁰¹ Vimos acima a linha bettiana, destacando a função econômica dos negócios e sua objetivação com base nas práticas de mercado. Tenha-se em mente, mais uma vez, que BETTI lutava contra o subjetivismo e o voluntarismo

199. As razões dessa subestimação são explicadas por GUIDO ALPA: [i] pouca familiaridade dos juizes da época com a aplicação de disposições de conteúdo indeterminado diante da interpretação formalística que imperava, privilegiando a aplicação literal do texto do Código; [ii] desconfiança em relação à doutrina que tendia a considerar os juizes como representantes do Estado e via a aplicação de cláusulas gerais aos negócios privados uma forma de intervencionismo estatal; [iii] temor de atribuir-se aos juizes excessivo poder discricionário [*Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*, 954]. No mesmo sentido, ALPA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, 272. Ainda sobre esse ostracismo, cf. STEFANO RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 184 e ss. Em suma: “Il concettualismo ed il positivismo, tra loro strattamente alleati, spiegavano tutta la loro influenza, con effetti che arrivavano fino ad espungere dall’ordinamento alcune norme: ma anche questa è una conseguenza quase inevitabile, che ciascuna cultura non è disposta a riconoscere altri strumenti tecnici che non siano quelli ad essa omogenei, negando agli altri il carattere della giuridicità” [188]. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA dá notícia da relutância do reconhecimento do costume como fonte de direito [*Contratos I. Conceito, fontes, formação*, 63].

200. A questão discutida é sempre a mesma: “in ciascun ordinamento si esprimono le medesime preoccupazioni, relative alla discrezionalità dell’interprete nella applicazione della clausola attesa la sua genericità e indeterminatezza; al contempo, questa clausola ha finito per assolvere un ruolo tanto importante da considerarsi essenziale, sia per adattare l’intero ordinamento alle nuove esigenze economico-sociali, di cui il legislatore non può tempestivamente tener conto, sia per adattare la regola del caso alla fattispecie concreta” [ALPA, *Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*, 951].

201. V. discurso de NATALINO IRTI desenvolvido no primeiro capítulo de seu livro *Lecture Bettiane sul negozio giuridico*, de 1991.

INTEPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Interpretação a favor da livre-iniciativa e da livre-concorrência

9.1 Princípios constitucionais, ordem jurídica do mercado e contratos empresariais – 9.2 Livre iniciativa – 9.3 Livre concorrência – 9.4 Liberdade de contratar – 9.5 Princípios constitucionais moldando os contratos empresariais – 9.6 Os contratos empresariais e a limitação voluntária das liberdades econômicas – 9.7 Princípios constitucionais e seu reflexo sobre os contratos empresariais – 9.8 Princípios constitucionais como regras de interpretação – 9.9 Princípios constitucionais como regras gerais dos contratos empresariais – 9.10 Ainda a questão dogmática: a força das regras gerais – 9.11 Aplicação da regra de interpretação em favor das liberdades econômicas. Alguns exemplos concretos: 9.11.1 A exclusividade; 9.11.2 Vedação à concorrência na alienação de estabelecimento comercial [art. 1.147 do Código Civil] e cláusula de não concorrência [“*non compete*”] contratada na alienação de controle de sociedade empresarial; 9.11.2.1 Função econômica e tipologia das cláusulas de não concorrência; 9.11.2.2 Trespasse de estabelecimento e alienação de controle; 9.11.2.3 Trespasse de estabelecimento e alienação de controle: diferentes disciplinas de *non compete*. Limitação do âmbito de aplicação do art. 1.147 do Código Civil; 9.11.3 A necessária interpretação restritiva das cláusulas de *non compete* – 9.12 O direito de não contratar e de pôr fim à relação contratual.

9.1 Princípios constitucionais, ordem jurídica do mercado e contratos empresariais

No modo de produção capitalista, o direito instrumenta o desenvolvimento das relações de mercado.¹⁻² “[A] intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança.”³ Na síntese de Eros Roberto Grau: “(i) a sociedade capitalista é essencialmente

1. EROS ROBERTO GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 20.

2. “Legge intese a proteggere lo scambio mercantile si fano risalire ad ogni buon sovrano” [Berardino Libonati, *La categoria del diritto commerciale*, p. 9].

3. EROS ROBERTO GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 278.

jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos”.⁴

O direito comercial não é exceção, pois não é concebido para socorrer o agente isolado, mas o funcionamento do mercado; o interesse da empresa é protegido na medida em que implica o bem do tráfico mercantil.

De fato, desde a sua origem, o direito comercial liga-se ao mercado, ordenando a dinâmica estabelecida entre os mercadores. Seu objetivo sempre se relacionou à tutela do tráfico econômico – ou seja, à defesa do “interesse geral do comércio”, na expressão de Carvalho de Mendonça –, e não dos comerciantes, individualmente considerados.⁵ Nessa linha, Teixeira de Freitas advertia que a proteção liberalizada pelo Código Comercial era *em favor do comércio* – e não dos comerciantes.⁶⁻⁷ Por todos, sempre Cairu: “A liberdade do Commercio não he huma faculdade concedida aos Negociantes para fazer o que quizerem; isso

4. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 32. Por sua vez, explica Fábio Nusdeo: “[...] não se conteve o Estado naquele papel de relativa neutralidade e platonismo. Aberto o caminho para a sua entrada no sistema, passa gradualmente a assumir um segundo papel, dentro do qual marca presença ao impor finalidades outras que não a de mero suprimento de condições para superar as imperfeições anteriormente apontadas. Trata-se, agora, de lograr a obtenção de objetivos de política econômica bem definidos para análise, impor-lhe distorções, alterá-lo, interferir no seu funcionamento, a fim de fazer com que os resultados produzidos deixem de ser apenas os naturais ou espontâneos, para se afeiçoarem às metas fixadas” [FABIO NUSDEO, *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, p. 25].

5. A expressão é de Carvalho de Mendonça [Dos livros dos comerciantes, p. 6].

6. *Additamentos ao Código do Comercio*, p. 322.

7. No mesmo sentido, Montesquieu afirma, em seu *De l'esprit des lois*, que os ingleses restringem o mercador, mas o fazem em favor do comércio: “La liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent; ce serait bien plutôt sa servitude. Ce qui gêne le commerçant ne gêne pas pour cela le commerce. C'est dans les pays de la liberté que le négociant trouve des contradictions sans nombre; et il n'est jamais moins croisé par les lois que dans les pays de la servitude. L'Angleterre défend de faire sortir ses laines; elle veut que le charbon soit transporté par mer dans la capitale; elle ne permet point la sortie de ses chevaux, s'ils ne sont coupés; les vaisseaux de ses colonies qui commercent en Europe, doivent mouiller en Angleterre. Elle gêne le négociant, mais c'est en faveur du commerce” [livro XX, capítulo XII, destacamos].

seria antes sua real servidão. O que incommoda ao Comerciante, não grava por isso o Commercio".⁸

Mesmo normas que tutelam empresas em situação de inferioridade, como a repressão ao abuso da dependência econômica, na realidade visam a incrementar as garantias para a atuação no mercado, impedindo que tenham lugar explorações desestimuladoras do tráfico.

Poderíamos seguir analisando inúmeros institutos, desde a coibição do abuso do poder econômico até a disciplina dos contratos e das sociedades comerciais. Alcançaríamos sempre a mesma conclusão: *o direito mercantil não busca a proteção dos agentes econômicos singularmente considerados, mas da torrente de suas relações.*

É preciso superar alguns preconceitos que, infelizmente, vêm se acentuando no Brasil, nestas épocas de polarização ideológica. O direito empresarial moderno não mais cultiva aquele "ranço privatístico", de exacerbação das liberdades pelas liberdades, que marca sua historiografia⁹. Hoje, a função do direito comercial ata-se à *implementação de políticas públicas*, desdobrando-se também na determinação do papel que o mercado desempenhará na alocação dos recursos em sociedade.

O mercado não existe sem o direito; *seu desenvolvimento dar-se-á nos espaços deixados pelas regras jurídicas*. Por isso, os limites e a função do mercado, do fluxo de relações econômicas, esboçam-se a partir do reflexo dos princípios constitucionais. Nesse prisma, *os princípios constitucionais são a fôrma que primeiramente moldará o mercado*. Por consequência, a Constituição Federal deve ser situada como elemento fundamental na interpretação dos contratos empresariais.

Os princípios de organização do mercado fluem a partir do texto constitucional e não podem ser esquecidos na concreção dos negócios, em seu

8. JOSÉ DA SILVA LISBOA (Visconde de Cairu), *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, p. 875.

9. É bem verdade que o direito comercial marca-se por forte *tradição liberal*. Nessa toada, seu cerne seria constituído quase que exclusivamente por regras e princípios brotados da praxe dos agentes econômicos. A visão tradicional carrega consigo a ideia de que se deve evitar a intervenção sobre o mercado, entregando a disciplina das empresas a elas próprias: maior o espaço deixado à autonomia privada, mais azeitado seria o fluxo de relações econômicas. Essa visão é anacrônica. Hoje, reconhece-se a inafastável importância do Direito para a existência e disciplina do próprio mercado [PAULA A. FORGIONI, *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*, capítulo terceiro].

dia-a-dia. Refiro-me, especialmente, às *liberdades econômicas*. As faculdades que delas emergem não são atribuídas aos agentes para que eles possam “fazer o que quiserem”, para “proteger uma classe”, mas a fim de que o mercado funcione adequadamente, gerando riquezas, impostos, empregos e bem-estar social.

A Constituição Federal possui um inteiro capítulo dedicado à Ordem Econômica, no qual estão escritos os princípios norteadores da organização dos nossos mercados. Esses princípios, embora sejam instrumentais e devam coadunar-se com os objetivos maiores da República, marcam a ordem brasileira como uma economia de mercado, assentada na propriedade, na iniciativa econômica privada, na livre concorrência e na liberdade de contratar, tudo com base na legalidade¹⁰.

É certo que o sistema econômico possui e produz falhas, assim como é indisputável que, para o equilíbrio das sociedades modernas, não basta o bom funcionamento do mercado. É preciso também proteger outros pilares essenciais ao bem-estar social, sem natureza imediatamente mercantil, que também estão postos pela Constituição. Mas, para tanto, a Constituição determina que exigências do bem comum sejam coadunadas com os princípios econômicos. É a Constituição que proíbe mero descarte arbitrário e ideológico de tudo que tem a ver com o “livre mercado”. Repita-se à exaustão: *as vigas-mestras da ordem econômica também são importantes para o desenvolvimento social*.

Vejamos os traços básicos desses princípios ligados à ordem econômica, naquilo que influencia diretamente os negócios privados, sua formatação e interpretação.

9.2 Livre iniciativa

A livre iniciativa é um dos fundamentos da República e da ordem econômica [cf. Art. 1º, IV e 170, *caput*, IV da Constituição Federal]. Tradicionalmente identificada com a “liberdade de comércio e de indústria”, “liberdade

10. “A economia de mercado tem na liberdade de iniciativa econômica e de concorrência sua ‘marca genética’, na medida em que delas depende o livre jogo de Mercado conducente ao equilíbrio entre oferta e procura, ainda que a concorrência nunca tenha excluído a cooperação entre empresas. Estas noções básicas de mercado e de economia de mercado podem ser mais sofisticadas e representadas em modelos abstratos muito elaborados: modelos de mercados em concorrência pura e perfeita ou modelos de mercados em concorrência imperfeita, sendo estes os mais comuns. Seja qual for o caso, as características essenciais do mercado e da economia de mercado devem manter-se” [MARIA MANOEL LEITÃO MARQUES, MARIA ELISABETE RAMOS, CATARINA FRADE e JOÃO PEDROSO, *Manual de introdução ao direito: saber Direito para entender o Mercado*, p. 21].

econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”,¹¹ a livre iniciativa garante aos agentes econômicos *ingresso ao mercado, à arena de disputas*. A existência de adequado fluxo de trocas, de encontro entre oferta e demanda, depende da possibilidade de os indivíduos estabelecerem contratos.

O papel central do princípio da livre iniciativa na economia capitalista é *garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer*¹², assegurando o acesso à contratação. Está visceralmente atado à liberdade de iniciativa econômica e à *liberdade de empresa*, que, por sua vez, significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la *sponte propria*.¹³ Encerra, ao mesmo tempo, a liberdade de contratar e a liberdade de concorrência, que serão adiante analisadas.

O princípio da livre iniciativa deve ser lido em conjunto com aquele da *legalidade*, pois implicam verso e reverso da mesma medalha. A empresa é livre para agir, para empreender. Contudo, essa liberdade é limitada pela lei; o agente econômico privado pode empreender, é-lhe facultado organizar-se e contratar, desde que o faça dentro de parâmetros pré-estabelecidos. Com efeito, nenhum agente “será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” [art. 5º, II]. A empresa é livre para agir no espaço deixado pela lei, de forma que o texto normativo é, ao mesmo tempo, limite e garantia da sua liberdade.

Em uma frase: *a liberdade de iniciativa é uma viga mestra da nossa ordem econômica, mas é limitada pela legalidade*.

Um contraponto histórico faz-se útil para compreensão dessa relação entre liberdade de iniciativa e legalidade. Na Idade Média, o acesso ao mercado era minuciosamente regulado pelos estatutos das corporações de ofício, que impunham o monopólio da fabricação e da comercialização, regras de conduta e de polícia que neutralizavam a concorrência entre seus membros e, via de consequência, coíbiavam a possibilidade de captação da clientela alheia.¹⁴

11. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 203.

12. Na dicção de Fábio Konder Comparato: “Liberdade de iniciativa comporta um duplo sentido: [...] Garante-se, de um lado, a livre criação ou fundação de empresas, ou seja, a *liberdade de acesso ao mercado* (art. 170, parágrafo único). [...] Mas protege-se, de outro lado, a livre atuação das empresas já criadas, isto é, a liberdade de atuação e permanência no mercado” [*Regime constitucional do controle de preços no mercado*, p. 18-19].

13. Natalino Irti, *Diritto e mercato*, xvii.

14. Sobre os estatutos medievais, é definitiva a obra de Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane* [ALESSANDRO LATTES, *Il diritto commerciale nella*

Com a ascensão da burguesia, mostrou-se necessário ampliar os horizontes dos negócios e, assim, *aumentar as oportunidades econômicas*. Explicam-se assim as leis francesas que ceifaram as amarras medievais, em nome da liberdade. O princípio da liberdade de iniciativa econômica é originalmente posto no édito de Turgot, de 1776, e reafirmado plenamente no decreto d'Allarde, de 1791. A partir de 1º de abril daquele ano, “seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”. No mesmo ano de 1791, a Lei *Le Chapelier* reitera essa diretriz, ao proibir as corporações de ofício.¹⁵ A liberdade de iniciativa emerge para corporificar o ideal de libertação dos ligames das corporações medievais, abrindo espaço para o sistema de mercado que começava a se impor.¹⁶

Mas não apenas; historicamente, a busca pela liberdade de iniciativa significa também a *revolta contra os privilégios* tradicionalmente concedidos ou gozados pelo monarca. Liberdade de iniciativa evoca *o aumento do espaço de atuação privada em face dos favorecimentos concedidos a apenas alguns agentes*.¹⁷

legislazione statutaria delle città italiane, v. também Franceschelli, *Trattato di diritto industriale*, p. 121 e s. e LEVIN GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, especialmente, p. 117 e s.] A intenção monopolística das corporações é explicada por TULLIO ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale: Introduzione e teoria dell'impresa*, p. 8.

15. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 21.
16. “Nella tradizione europea la libertà di impresa si è manifestata, in prospettiva storica, come una reazione al sistema di barriere e controlli caratteristici dell’organizzazione economica medievale” [GIORGIO BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, p. 23-24].
17. Uma das primeiras contestações de privilégios de que se tem notícia é relatada no conhecido *Case of Monopolies*, julgado na Inglaterra no ano de 1603. A rainha havia atribuído a Edward Darcy o monopólio da importação e da fabricação de cartas de jogo. Esse poder real de concessão de privilégios é contestado, alegando-se que a outorga de monopólios empobrecia o país, pois eles levavam ao aumento de preço, à diminuição da qualidade e do nível de atividade econômica da população em geral. No início do século XVII, o Parlamento inglês, visando a minar o poder do soberano, invoca argumentos calcados no princípio da liberdade de iniciativa: a concessão de privilégios para exploração exclusiva não deveria ser tolerada porque avilta o bom fluxo de relações econômicas, prejudica a população, eleva os preços, diminui a qualidade e impede o desenvolvimento de atividade econômica por terceiros. Após outras decisões no mesmo sentido, em 1610, é promulgado o *Statute of Monopolies*, disciplinando e reduzindo as hipóteses de concessão de privilégios pelo monarca. Sobre o *Statute of monopolies* e outras decisões contestando o poder real de concessão de monopólios, v. HAROLD FOX, *Monopolies and patents*, p. 113 e s.

Desde sua origem, a livre iniciativa está ligada à *liberdade de atuação e ao repúdio de privilégios*, da proteção de alguns em detrimento de outros. Não há empreendedorismo e desenvolvimento sem livre iniciativa. A empresa, de uma *startup* até a Petrobras, ao buscar o lucro, gera riqueza.

Mas a liberdade de iniciativa *nunca* foi e não é ilimitada. “Duas limitações de caráter geral sempre a confinaram: a ordem pública e os bons costumes”.¹⁸⁻¹⁹ Nem a mais liberal das economias prescinde de certa regulação da atuação empresarial. Pode-se debater o grau de contenção da iniciativa privada que se entende ideal – e isso é uma questão de política pública. Os mais liberais defenderão o mínimo de intervenção. Outros buscarão regulação mais marcada. Mas ninguém pode seriamente defender o fim de qualquer lei de formatação do mercado pelo Direito.

*O sistema de mercado não existe sem fronteiras às atividades de seus agentes.*²⁰

9.3 Livre concorrência

Retomemos o conceito técnico de concorrência, firmado com base nas observações de Max Weber: “[d]izemos que há mercado quando há competição [...] por *oportunidades de troca*”.²¹

Por força do princípio da livre concorrência, aos agentes econômicos é assegurada a *garantia da disputa*,²² ou seja:

18. ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 27.

19. Mesmo os autores liberais admitem que “i poteri pubblici, anche sposando una politica assai liberale e concedendo quindi alle imprese la più ampia autonomia, non potranno mai rinunciare, a pena d’anarchia, né ad un intervento preventivo di tipo regolatore, che di solito compie il Parlamento su impulso del Governo dettando coordinate e confini, né ad interventi moderatori, che, pur previsti da leggi, sono per lo più contenuti in atti amministrativi” [Vincenzo Buonocore, *L’impresa*, p. 162].

20. Na dicção de Grau: “Nem mesmo na sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia eram impostas neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações. [EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 203].

21. Na tradução inglesa: “A market may be said to exist wherever there is competition, even if only unilateral, for opportunities of exchange among a plurality of potential parties” [MAX WEBER, *Law in economy and society*, p. 191].

22. Nas palavras de Francesco Ferrara: “Come il soggetto è libero di indirizzare la sua attività a qualsiasi settore, quindi per la produzione di qualsiasi bene o servizio (salvo i divieti di legge), così è libero di indirizzarla anche in quei settori, dove operano già produttori

- [i] que poderão disputar trocas com os outros agentes econômicos; e
- [ii] que não terão suas oportunidades de troca *indevidamente* subtraídas por terceiros.

É preciso admitir que “a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo”²³. Explica-se a célebre afirmação de Jhering no sentido de que a concorrência é o “regulador espontâneo do egoísmo”.²⁴ Observava Ascarelli: “A concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo”²⁵.

Deixada no exercício de sua atividade sem pressões competitivas, a empresa tende a obter o maior lucro possível e a explorar a coletividade. Todo o cidadão brasileiro tem noção das penúrias a que está sujeito quando se depara com um monopólio.

Se ao adquirente for garantida a *opção de escolha* entre os bens oferecidos por vários agentes econômicos, eles serão forçados a *disputar* a oportunidade de troca e aquele que *oferecer melhores condições* ganhará o contrato.

Ao mesmo tempo em que é *nociva* ao agente, a concorrência indica o caminho pelo qual ele poderá atrair novas oportunidades de negócios, aumentando a perspectiva de obtenção de proveito econômico. A fim de incrementar o volume de operações, a empresa deve desfrutar de *novas oportunidades de troca*. Para obtê-las, de duas uma: ou as subtrai de outros agentes ou as cria. Em ambas as hipóteses deverá *competir*.

A disputa é essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. A empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros.

economici. La circostanza che un soggetto abbia iniziato per primo la produzione di beni o servizi, salvo che ricorrono i presupposti per la costituzione di una esclusiva a suo favore, non impedisce ad altri di fare altrettanto e quindi che successivamente il primo venga a concorrere con altri sul mercato” [La tutela della libertà della concorrenza nel diritto italiano, AAVV La libertà di concorrenza, Milano, Giuffrè, 1970, p. 17].

23. PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, cit., pp. 324-325.

24. RUDOLF VON JHERING, p. 140.

25. TULLIO ASCARELLI, “Os Contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro”, *Ensaio e pareceres*, p. 223.

Nossa Constituição enxerga a concorrência como um fator de produção de *externalidades positivas*, capaz de colaborar no funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores.²⁶

Tem-se, aí, um dos mais fortes pilares da ordem econômica constitucional [art. 170, *caput*, inciso IV]: para o bem da coletividade, os agentes econômicos devem disputar, devem concorrer.

9.4 Liberdade de contratar

O princípio da autonomia da vontade liga-se à *liberdade de contratar*,²⁷ que, por sua vez, deriva do princípio da *livre iniciativa*.²⁸ Uma das faces do princípio constitucional da livre iniciativa é a garantia ao agente econômico de que sua vontade importará [autonomia da vontade], preservando-se sua liberdade de contratar e de não contratar. Regra geral, no campo da autonomia privada, a Constituição Federal garante à empresa que não será obrigada a contratar com quem não quiser, da mesma forma que poderá escolher a quem se vincular.

-
26. Na lição de Hayek: “A concorrência, quando não obstada, tende a ocasionar um estado de coisas em que: *primeiro*, alguém produzirá tudo o que for capaz de produzir e vender lucrativamente a um preço em que os compradores preferirão seu produto às alternativas existentes; *segundo*, tudo que se produz é produzido por alguém capaz de fazê-lo pelo menos a um preço tão baixo quanto o de quaisquer outras pessoas que na realidade não o estão produzindo; e, *terceiro*, tudo será vendido a preços mais baixos, ou pelo menos tão baixos quanto aqueles a que poderia ser vendido por qualquer pessoa que de fato não o faz” [FRIEDRICH A. HAYEK, *Direito, legislação e liberdade*, vol. III, p. 78].
27. Na clássica sistematização de Messineo, o princípio da liberdade de contratar desdobra-se [i] na vedação de qualquer das partes impor à outra o regramento contratual, pois o conteúdo do contrato deve ser resultado do debate entre elas; [ii] liberdade de fixar o conteúdo do contrato; [iii] liberdade de derrogar normas supletivas; [iv] liberdade de estabelecer a disciplina a que estarão sujeitas (i.e., liberdade de estipular contratos normativos) e [v] liberdade de celebrar contratos inominados [FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, p. 11-12].
28. Para Orlando Gomes, a liberdade de iniciativa significa “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. [...] O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de autorregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato” [ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 25-26].

O sistema de mercado baseia-se em trocas, que somente vêm à luz a partir da celebração de *contratos*. Para que possa haver trocas e associações, os agentes econômicos devem *interagir*, estabelecer vínculos entre si. Vínculos significam *compromissos perante terceiros*. Os contratantes comprometem-se reciprocamente, isto é, “prometem com” o outro e para o outro.

De outra parte, a fluência das relações econômicas exige a garantia da *execução dos contratos*, ou seja, que não seja dada guarida ao comportamento oportunista da parte que rompe o negócio após a sua celebração. A máxima *pacta sunt servanda* coloca-se como um dos principais pilares da economia de mercado porque, fosse dado ao agente desvencilhar-se do liame que voluntariamente assumiu, o tráfico simplesmente não poderia seguir.

Não há disputa pelas oportunidades de troca se não houver liberdade de contratar. Note-se bem: a afirmação de que a concorrência significa a *disputa pela oportunidade de troca* implica o reconhecimento de que ela é a *disputa pela celebração de um contrato*. A assertiva de que o bom funcionamento do sistema requer a exposição a oportunidades de troca denota que é preciso garantir *oportunidades de contratar* aos agentes econômicos. Sem a liberdade contratual, o sistema de mercado não se sustentaria: “The legal principle of contractual liberty and the elaborate rules of contract law are the prerequisite for the development of complex economic market transactions”.²⁹

A sociedade existe porque há negócios, porque os agentes econômicos podem buscar a satisfação de suas necessidades. “Não poderia durar muito uma sociedade em que se mantivesse invariável a distribuição dos bens existentes num dado momento”.³⁰ Os contratos *instrumentalizam* esse processo, ao darem às empresas a oportunidade de escolher com quem contratar, como contratar e o conteúdo do pacto. A autonomia privada/liberdade de contratar são, assim, fundamentais para o sistema contratual, servindo ao seu funcionamento.³¹

Novamente: isso não significa que a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial, ela se põe como *limitada* [lembre-se, por exemplo, da necessidade de controle das externalidades negativas e de incentivo das positivas]. Porém, é inegável que, de todas as áreas do direito, a empresarial mostra-se a arena na qual a liberdade assume quadrantes mais largos.

29. TERENCE DAINITH e GUNTHER TEUBNER, *Sociological jurisprudence and legal economics: risks and rewards*. In: AAVV. *Contract and organization: legal analysis in the light of economic and social theory*, p. 3.

30. EMILIO BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 94.

31. EMILIO BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 91-92.

A compreensão do *modus operandi* do sistema exige que reconheçamos as seguintes correspondências entre princípios constitucionais e fatores catalisadores do fluxo de relações econômicas:

- [i] a livre iniciativa garante ao agente econômico o acesso ao campo das contratações, à arena de trocas;
- [ii] a livre concorrência garante a disputa pela oportunidade de troca;
- [iii] a liberdade de contratar garante que o agente econômico poderá realizar essas trocas, organizar-se e celebrar contratos.

Todas essas liberdades e as faculdades que delas derivam, porém, não de ser exercidas sempre nos *limites da legalidade*.

O problema é que, somente neste século, a cultura da concorrência e mesmo da livre iniciativa espalhou-se no mundo empresarial e jurídico brasileiro. Antes da chamada “abertura” de nossa economia, as políticas públicas fincaram-se no *dirigismo* e na *coordenação* dos agentes, sob a batuta do Estado.

Até hoje, muitas são as faculdades de direito que não inseriram direito concorrencial em suas grades. Piorando o quadro, a imagem transmitida pelo Código Civil é a de uma economia intervencionista, própria da Itália dos anos 30 e 40³², onde as associações anticompetitivas eram vistas com bons olhos³³.

Nos grandes escritórios de advocacia, não raro as áreas de direito concorrencial e de direito contratual/societário trabalham de forma independente. Como resultado, os profissionais não são treinados para aplicar o art. 170, *caput*, IV da Constituição no dia-a-dia das relações empresariais.

Advogados, doutrina, árbitros e jurisprudência estatal dão lugar a uma visão turva, embaçada, como se os ditames postos na Constituição tivessem sua serventia limitada a argumentar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e da regulação em geral, e devessem ser invocados perante os tribunais somente para garantir as liberdades econômicas das empresas contra o Estado. Ignora-se que os princípios constitucionais econômicos incidem *diretamente* sobre os negócios privados, deixando-se à deriva uma das mais importantes pautas de interpretação dos contratos: aquela que, em caso de dúvida, manda-os preferir a *interpretação a favor da liberdade e da concorrência*.

32. PAULA A. FORGIONI, *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*, p. 47 e s.

33. TULLIO ASCARELLI, *Consorti volontari tra imprenditori*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1937.

9.5 Princípios constitucionais moldando os contratos empresariais

Os princípios constitucionais incidem plena e diretamente sobre as relações privadas, formatando o mercado e sua ordem jurídica. Por isso, a interpretação deve dar-se em harmonia com os comandos constitucionais.

A regra geral constitucional é pela *livre iniciativa*, que impulsiona e embasa a disciplina da ordem econômica e a atuação das empresas, consagrando a liberdade de estabelecimento e de atuação dos agentes, nos termos do inciso IV do art. 1º e do *caput* do art. 170³⁴⁻³⁵. O mesmo se deve dizer sobre a *livre concorrência*, corolário da livre iniciativa. O norte é sempre a favor da competição, posta no inciso IV do mesmo art. 170³⁶.

9.6 Os contratos empresariais e a limitação voluntária das liberdades econômicas

Bem posto que o princípio constitucional é pro-liberdade, uma questão emerge naturalmente: pode haver restrição às liberdades econômicas? Caminhando em direção a um menor grau de abstração, perfilado ao cotidiano dos agentes econômicos, pergunta-se: em quais situações a empresa há de ser obrigada a adotar determinado comportamento?

34. Art. 1º A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]. (grifo nosso);

35. "O princípio da livre-iniciativa, tradicionalmente identificado com a 'liberdade de comércio e de indústria', 'liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa', garante aos agentes econômicos *ingresso ao mercado, à arena de disputas*. A existência de adequado fluxo de trocas depende do acesso dos indivíduos à *oportunidade de oferecer oportunidades de troca*, estabelecendo contratos. Eis o papel central do princípio da livre-iniciativa na economia capitalista: *garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer*. O princípio da liberdade de iniciativa econômica implica a liberdade de empresa, que, por sua vez, significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la *sponte própria*" [PAULA A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, p. 145].

36. "[...] esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurada a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência [...]" [ADI nº 1094-8, Rel. Ministro Carlos Velloso, Medida liminar indeferida em 21 de setembro de 1.995].

A resposta envolve duas situações:

- a empresa pode ter sua liberdade e comportamento limitados *pela lei*, pois lhe é defeso empreender fora dos limites postos pelo ordenamento jurídico; volta-se, aqui, ao princípio da legalidade; e
- a empresa pode ter sua liberdade e comportamento limitados *pela sua própria vontade*, desde que o faça nos quadrantes do direito.

Viu-se acima que as liberdades são a regra geral, mas outra escolha política pode ser tomada, também baseada em princípios constitucionais. Ao mesmo tempo em que estabelece que as liberdades devem imperar nos mercados, a Constituição reconhece possível, para atingir os fins maiores da República [art. 1º] ou aqueles explicitados no art. 170, o sacrifício total ou parcial das liberdades em certos setores, submetendo-os a regramento diverso. No campo das leis que restringem as liberdades, a inconstitucionalidade é uma questão de *limites* e não de possibilidade de existência.

O sistema jurídico cobra a legalidade do objeto dos contratos empresariais. Aos agentes econômicos não é permitido contratar tudo, da forma que bem entendem. Se violarem a lei, o objeto do pacto será ilícito e não se colocará ao abrigo do ordenamento. *A regra posta pelo art. 104, II, do Código Civil é uma das mais importantes na formatação da ordem jurídica do mercado: são inválidos contratos cujo objeto for ilícito.*

Os licitantes não podem fazer contratos para combinar o preço que oferecerão em suas propostas. É defeso aos fabricantes pactuar entre si a divisão do mercado e assim por diante. Ao menos no Brasil, não se pode organizar uma empresa para comercializar órgãos humanos. A fabricação de brinquedos deve respeitar regras de segurança para crianças. Em todos esses casos, há leis específicas que vedam certos comportamentos, fulminando de nulidade os pactos que os tenham por objeto.

Contudo, como indicado, há o reverso da medalha. Nos limites da legalidade, os agentes podem contratar e dispor de suas liberdades econômicas, insculpidas na Constituição Federal. É neste campo que nascem, desenvolvem-se e terminam os ajustes entre as empresas.

Os negócios privados empresariais podem estabelecer limitações voluntárias à sua própria liberdade. Uma das principais funções dos contratos é viabilizar, do ponto de vista jurídico, a autocontenção futura do comportamento dos agentes. A indústria que, em dezembro, garante à outra que fornecerá 20 toneladas de açúcar em março, voluntariamente limita seu comportamento futuro, vinculando-se à prestação. Em março, ela não “poderá fazer o que quiser”, pois haverá de entregar as 20 toneladas que prometeu. Contrata-se

hoje para garantir à contraparte que, no futuro, adotar-se-á o comportamento prometido. Às empresas é facultado limitar sua liberdade, prendendo-se, pelo contrato, a compromissos futuros. Na medida em que o contrato é indispensável não apenas à coesão social, mas à existência de uma economia de mercado, essa vinculação voluntária é relevante para o sistema e fortemente protegida pelo ordenamento jurídico [*pacta sunt servanda*].

Nas últimas décadas, o Brasil tem assistido àquilo que já se chamou de “farra dos princípios”, na feliz expressão cunhada por Ronaldo Porto Macedo Jr. Ao estudar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem-se a impressão de que toda decisão é possível, bastando justificá-la. Com tal escopo, arruma-se algum princípio ou se faz alguma “ponderação” entre eles. Olvida-se que a legalidade é uma conquista da humanidade e que nos afastar dela é perigoso.

9.7 Princípios constitucionais e seu reflexo sobre os contratos empresariais

Os princípios constitucionais, ao se colocarem diante dos negócios privados, produzem duas ordens de consequências, agindo como [i] pautas de interpretação e [ii] *comandos gerais* a serem seguidos pelos operadores do direito.

Desprezando a confusão teórica que se tem feito, lembremos que os princípios jurídicos são normas com grau de abstração mais elevado, enquanto que as regras tendem a uma concreção maior, abrangendo menor espectro de situações. Ao se aproximarem dos contratos empresariais, os princípios transformam-se em algo bem menos abstrato, iluminando aquele específico caso/negócio que será objeto de interpretação.

A técnica jurídica é refinada e merece atenção.

O princípio constitucional, ao incidir na realidade do contrato empresarial, transforma-se em *diretriz interpretativa*. Assim, por exemplo, o princípio da livre iniciativa tem a ver com *liberdade* e com *autonomia*. Quando trazido para um contrato, manda que seja preferida a *interpretação* a favor da liberdade e da autonomia.

Ao mesmo tempo, o princípio constitucional solidifica-se em um *comando geral* de idêntica direção, que exige acordo expresso das partes para ser afastado.

Vejamos cada um desses reflexos separadamente.

9.8 Princípios constitucionais como regras de interpretação

Na encruzilhada da interpretação, se a vontade das partes não estiver expressa de forma clara, se houver confusão, dúvidas, a solução há de preferir as diretrizes postas pelos princípios constitucionais. Daí ser necessário

reconhecer a existência de uma *regra de interpretação contratual* a favor das liberdades econômicas e, especialmente, da livre iniciativa e da livre concorrência: quando houver mais de um entendimento possível do texto/contexto contratual, aquele contra as amarras haverá de prevalecer.

Essa pauta não deixa de representar uma modernização da diretriz que prestigia a liberdade, posta há muito pelo brocardo *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*. “Restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável. Refere-se a que, em princípio, as disposições que restringem direitos devem ser interpretadas de forma estrita”³⁷. O que evolui, agora, é seu fundamento, que passa a repousar também na Constituição Federal, amparando visão favorável às liberdades econômicas.

9.9 Princípios constitucionais como regras gerais dos contratos empresariais

Se os princípios constitucionais que protegem as liberdades econômicas mostram-se pautas gerais, qualquer restrição a essas garantias/liberdades configurará sempre exceção³⁸ e, como tal, há de ser tomada *cum grano salis*. “Quando um ato dispensa de praticar [...] ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente”³⁹.

No prisma dogmático, temos que a diretriz geral é pró-concorrencial/pró-liberdade; as restrições constituem não apenas exceção, mas verdadeira renúncia do agente a uma liberdade constitucionalmente garantida, que clama por interpretação restritiva. O art. 114 do Código Civil também compõe esse quadro: “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

9.10 Ainda a questão dogmática: a força das regras gerais

A colocação das liberdades econômicas constitucionais como comandos gerais longe está de ser meramente teórica, produzindo consequências econômicas relevantes para os contratos empresariais.

37. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 300.

38. Cf. PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 220.

Na mesma linha, v.: Lei Antitruste e leis que autorizam práticas restritivas da concorrência. In: EROS ROBERTO GRAU; PAULA FORGIONI, *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 187-208.

39. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 285.

Vimos, no capítulo referente aos vetores de funcionamento dos contratos, que as regras gerais são fundamentais na dinâmica dos negócios e no processo de barganha.

Para se evadir da regra geral, a parte costuma *pagar*, especialmente nas negociações travadas entre agentes econômicos sofisticados. Deixá-la haver a mesma vantagem sem a respectiva contraprestação é intervir no esquema de custos e riscos que os agentes econômicos livremente desenharam. Nos contratos empresariais, o intérprete que assim procede está aviltando o *pacta sunt servanda* e pode resvalar no julgamento por equidade, trocando a vontade das partes por aquilo que entende “justo”.

Para o direito comercial, o agente econômico é ativo e probo, habituado ao mercado em que atua. Há de se presumir que *assumiu os riscos* da falta de contratação expressa de uma exceção à regra geral, até mesmo porque optou por não despender recursos na barganha do ponto específico. Calar-se e, posteriormente, procurar levar vantagem, estendendo as restrições para além do contratado, é conduta oportunista. Não age de boa-fé quem pretende algo em desacordo com a *regra geral*, seja posta pelo direito, seja reconhecida como usualmente ligadas àquela restrição.

9.11 Aplicação da regra de interpretação em favor das liberdades econômicas. Alguns exemplos concretos

A regra de interpretação pró-concorrencial e pró-liberdade de iniciativa traz soluções importantes e relativamente simples para alguns problemas cada vez mais comumente encontrados na prática do direito empresarial. Proponho a análise de três exemplos.

9.11.1 A exclusividade

A exclusividade é uma estipulação inserida nos mais variados contratos e, embora assuma uma pluralidade de significados, geralmente estabelece a proibição de a parte realizar negócios com terceiros, tornando-se “exclusiva” da outra, por certo período.

A exclusividade implica restrição à liberdade do agente que se vincula e também àquela de terceiros, que com ele não poderão mais contratar. Quem aceita ser exclusivo está “fora do mercado”, longe do alcance dos concorrentes da empresa que se beneficia com a restrição. Tanto assim que, na área do direito concorrencial, esses dispositivos são considerados exemplos clássicos de *restrição vertical*, ou seja, de *restrição* posta à concorrência e à liberdade

de atuação da empresa⁴⁰. “La clausola di esclusiva rientra pertanto nei patti limitativi della concorrenza”⁴¹, ensina a doutrina especializada. É uma *renúncia à liberdade* por parte daquele que se vincula a somente comerciar com outro e que impacta diretamente o campo de atuação de terceiras empresas.

Reconhecendo-se a exclusividade como uma restrição concorrencial e de ação no mercado, percebem-se duas consequências relevantes.

A primeira delas é que a exclusividade não pode ser presumida; há de derivar da lei ou da vontade das partes. A regra é a liberdade de contratar; para afastá-la é preciso expresso dispositivo legal ou acordo voluntário no sentido de sua limitação.

A segunda é que sua interpretação há de ser *restritiva*. Primeiro, porque implica exceção à regra geral – e às exceções, vimos antes, não pode ser dada interpretação extensiva; depois, porque é uma renúncia a um direito, chamando a incidência do art. 114 do Código Civil.

9.11.2 *Vedação à concorrência na alienação de estabelecimento comercial [art. 1.147 do Código Civil] e cláusula de não concorrência [“non compete”] contratada na alienação de controle de sociedade empresarial*

9.11.2.1 *Função econômica e tipologia das cláusulas de não concorrência*

Nas compras e vendas que envolvem sociedades comerciais e seu patrimônio, tornou-se bastante usual a aposição de cláusula que estabelece a obrigação de não reestabelecimento ou de não concorrência, chamada, também, de “non compete”.

Por meio dela, aquele que aliena fica proibido de oferecer concorrência ao comprador, por determinado período de tempo e/ou em certo mercado. Restringe-se, por vontade das partes, a concorrência entre o vendedor e o comprador, reduzindo-se o risco de retorno não satisfatório do investimento.

40. A exclusividade posta em contratos celebrados entre fornecedores e distribuidores [chamados, no direito da concorrência, de acordos verticais] é um dos principais focos de estudo e regulação antitruste. Sobre a definição e os efeitos da exclusividade nos contratos de distribuição, bem assim para o panorama do direito brasileiro, europeu e norte-americano, v. PAULA A. FORGIONI, *Contrato de Distribuição*, p. 163.

41. GIANLUCA RONCHETTI e VALERIA CARFÍ, *Il patto di esclusiva*, p. 13.

A justificativa é viabilizar a transferência para o novo proprietário da efetiva da capacidade de gerar lucros da organização⁴²⁻⁴³.

A expansão e mesmo a manutenção da empresa tornam-se mais penosos em um mercado onde há concorrência pela disputa da clientela. Não espanta, portanto, que os adquirentes busquem diminuir o grau de concorrência a ser oferecido por agente econômico que já conhece o ramo de negócios, inserido em uma profícua e cobiçada teia contratual.

Há vários tipos de cláusulas de *non compete*. Naquela mais usual, ajusta-se que certas pessoas físicas [antigos controladores e diretores da empresa vendida, por exemplo] não se lançarão em negócio semelhante ao alienado. Em outras, as pessoas jurídicas estão envolvidas, colocando-se a restrição sobre a atividade de sociedades e/ou de empresas ligadas. Trata-se de *prática absolutamente disseminada*, em que as partes estipulam *cláusula expressa* no instrumento do contrato, ajustando a restrição.

Há, também, outros cenários/contratos nos quais nada se estipula; as partes restam silentes sobre a concorrência pós-operação.

Essas hipóteses trazem consequências jurídicas diversas e, portanto, merecem estudo separado.

Por força da nossa regulação específica [art. 1.147 do Código Civil], também é necessário apartar dois tipos contratuais distintos: o *trespasse de estabelecimento comercial*, de um lado, e a *alienação de controle de sociedades limitadas ou anônimas*, de outro.

42. A jurisprudência deixa bem claro que os agentes econômicos, mediante a aposição de tal cláusula, visam a diminuir o grau de competição entre eles. Por exemplo, no ano de 1.993, afirmou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “[n]a cessão e transferência de empresas ou de quotas sociais, é lícita a proibição de os cedentes, durante prazo determinado, se estabelecerem, em nome próprio ou de terceiros, com o mesmo ramo que exerciam, a fim de evitar concorrência” [Apelação n. 203.158-2/8, Revista dos Tribunais 702:88].

43. Por isso afirma a doutrina italiana sobre a restrição de que ora tratamos: “Al’imprenditore è consentito, in tal modo, di utilizzare come valore di scambio anche il proprio successo negli affari; egli consegue, come “maggior valore” dell’azienda, una somma che rappresenta il prezzo di una entità estranea, a rigore, all’azienda”. O comentário é feito a pretexto do art. 2.557 do *Codice Civile*, que prevê dispositivo análogo ao art. 1.147 do novo Código Civil brasileiro [Comentario al Codice Civile, diretto da PAOLO CENDON, Torino, UTET, 1.991, p. 1.421]. Art. 2.557, in verbis: “[c]hi aliena l’azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall’iniziare una nuova impresa che per l’oggetto, l’ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell’azienda ceduta [...]”.

9.11.2.2 *Trespasse de estabelecimento e alienação de controle*

Ninguém tem dúvidas de que, nas sociedades personificadas [especialmente nas sociedades anônimas e nas sociedades limitadas], o patrimônio dos sócios não se confunde com aquele da sociedade.

Exemplifiquemos com um esquema societário simples. Na cidade de Gramado, situa-se uma grande fábrica de acessórios de couro, que produz os sapatos da renomada marca Schulptz. O povo da cidade pensa que o prédio e seus maquinários pertencem à Sra. Beatriz, mulher muito ativa que está à frente dos negócios, conversa com os empregados, dá ordens e até desenha alguns modelos.

No mundo do direito e de suas ficções jurídicas, o quadro que se apresenta é diverso. A Sra. Beatriz é a *controladora* da Schulptz, detendo 70.000 ações ordinárias de emissão da Schulptz S.A., representando 70% de seu capital com direito a voto. Os outros 30% pertencem à sua filha Isabela, que atualmente reside em Portugal. A Sra. Beatriz não é “dona” da empresa, do prédio, do estabelecimento, do maquinário, dos moldes, da tecnologia, do *know-how* etc. Tudo pertence à Shulptz S.A.

A Sra. Beatriz resolve aposentar-se, juntando-se à sua filha, em Portugal. Agrada-lhe muito mais gozar do azul céu de Lisboa do que enfrentar as infinitas crises da economia brasileira.

Do ponto de vista jurídico, a Sra. Beatriz tem duas opções:

- alienar as ações de que é titular; ou
- fazer praticar todos os atos societários e administrativos necessários para que a Shulptz S.A. aliene o estabelecimento fabril.

A escolha de uma ou outra forma de negócio [venda do estabelecimento ou do controle] envolve variáveis, especialmente de ordem trabalhista e tributária, que não nos interessam no presente texto. O que importa notar é que a Sra. Beatriz não conseguiria vender o estabelecimento, simplesmente porque não lhe pertence. Escolhido fosse esse modelo de negócio, ele seria necessariamente efetivado pela sociedade Shulptz S.A.

Caso prefira vender as ações que lhe pertencem, o estabelecimento continuará a pertencer à Shulptz S.A., que terá um novo acionista controlador. Nada se alterará em relação à propriedade do estabelecimento, pois o patrimônio da Shulptz S.A. não sofrerá qualquer modificação.

No passado, eram mais comuns as vendas diretas de estabelecimento, chamadas tecnicamente de “trespasse”. Hoje, entre nós, grassam as compras e vendas de participações envolvendo controle das sociedades. Em negócios

de porte, se a operação não for alardeada pela imprensa, o público em geral sequer percebe a mudança dos acionistas. Em 2.012, o controle do grupo Pão de Açúcar passou ao francês Casino, deixando as mãos da família Diniz. Quem de nós notou alguma diferença, ao entrar no supermercado?

Voltando ao exemplo da Sra. Beatriz, empresária extremamente eficiente, capaz de erguer outro negócio em poucos meses. Imaginemos que ela, mesmo na encantadora cidade de Lisboa e perto da filha, não resista a poucos meses de *dolce far niente* e queira voltar à ativa. É-lhe defeso abrir uma nova fábrica de artefatos de couro em Gramado?

A resposta será diversa, conforme o tipo de negócio que escolher, bem como as cláusulas que acertar no instrumento do contrato.

9.11.2.3 *Trespasse de estabelecimento e alienação de controle: diferentes disciplinas de non compete. Limitação do âmbito de aplicação do art. 1.147 do Código Civil*

Se nada for disposto no contrato de trespasse de estabelecimento empresarial, a regra geral, posta pelo art. 1.147, *caput* do Código Civil, determina que o alienante não poderá concorrer com o comprador, por cinco anos:

“Art. 1.147 – Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

Note-se bem que essa regra é específica para o caso de trespasse do estabelecimento. Aplicá-la às hipóteses de alienação de controle de sociedades comerciais requer interpretação extensiva de dispositivo legal altamente limitador da livre iniciativa e da livre concorrência. Isso não é possível, tendo em vista os ditames constitucionais.

Não bastasse, outros elementos igualmente importantes compõem o quadro a ser analisado: a prática de mercado, as legítimas expectativas dos agentes e a boa-fé.

Até mesmo por conta de nossa evolução histórica, não há dúvidas de que, se as partes efetivamente ajustam a regra de *non compete* nas alienações de controle, escrevem-na no instrumento. Essa é a prática de mercado, os “usos e costumes” seguidos pelos agentes econômicos⁴⁴. Quem a quer, contrata-a. Essa constatação já era feita em 1969, por Oscar Barreto Filho:

44. Anota objetivamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “A propósito, trata-se de condição não rara em negócios comerciais de venda de quotas sociais e

“A fim de obviar à discussão, costuma-se incluir no contrato de venda a cláusula expressa de não-restabelecimento”⁴⁵.

A proibição de reestabelecimento é uma forte limitação ao direito do alienante de empreender, restringindo-lhe ganhos futuros ou até mesmo sua liberdade de exercer profissão remunerada. No processo de barganha das alienações empresariais, paga-se um preço pela não concorrência, muitas vezes incluído no valor das próprias ações.

Por isso, uma interpretação extensiva do art. 1.147 do Código Civil, além de inconstitucional, interfere na alocação de riscos e na precificação barganhada e contratada pelas partes.

Atenção deve ser dada à proteção da boa-fé objetiva nestes casos e aos equívocos que em seu nome têm sido cometidos. A boa-fé objetiva exige a consideração do efetivo e atual comportamento dos agentes econômicos. Não existe legítima expectativa e boa-fé construída longe daquilo que normalmente ocorre no mercado. Contrata-se a não concorrência, paga-se por ela. Dá-la de presente significa premiar o oportunismo disfuncional do agente econômico.

Considerando as práticas de mercado, na ausência de cláusula contratual expressa, o silêncio da parte acerca de *non compete* não pode ser tomado como aquiescência. Não há vinculação silenciosa que seja contrária aos usos; segundo o art. 111 do Código Civil, “o silêncio importa anuência” apenas “quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem”, o que não ocorre no caso da estipulação de não concorrência na transferência de participações societárias.

Em suma: nas alienações empresariais, deve-se respeitar a regra geral que privilegia a liberdade de iniciativa e a liberdade de concorrência. Exceções somente existem se expressamente contratadas, nos limites da legalidade⁴⁶.

de empresas, sendo, às vezes, determinante da transação” [Apelação n. 203.158-2/8, julgada em 1.993, publicada na Revista dos Tribunais 702:88].

45. *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 246.

46. Já em 1.953, o Supremo Tribunal Federal fincou a necessidade de limitação da cláusula para a sua validade, pois ela é sempre uma exceção à liberdade. Em erudito voto, da lavra do Ministro Orozimbo Nonato, fixou-se que: “Faz-se mister conciliar o princípio que veda a concorrência desleal com o que assegura a liberdade de comércio. E essa conciliação somente é possível com o se admitir a cláusula de que se trata, mas limitada no tempo, no espaço e no objeto”. Recurso Extraordinário n. 15.970 [Embargos]. Essa é a posição de EUNÁPIO BORGES, afirmada em seu *Curso de direito comercial terrestre*, p. 196.

9.11.3 A necessária interpretação restritiva das cláusulas de non compete

As cláusulas de *non compete*, porque significam restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, hão de ser interpretadas restritivamente.

Não estamos tratando de fraudes escancaradas. Preocupam-nos as situações em que se pretende estender o *non compete* a pessoas [físicas e jurídicas] não expressamente mencionadas no instrumento, bem assim a atividades que não implicam concorrência direta e efetiva com a empresa alienada. É bem verdade que, na complexidade das relações empresariais, cada caso exigirá uma solução, de acordo com a situação fática. Mas a regra geral há de ser fixada, até mesmo porque bem conhecida: interpreta-se sempre a favor das liberdades constitucionais, e os agentes econômicos não podem ser obrigados a não empreender e a não competir, além dos limites que expressamente contrataram.

A linha posta pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 1.911, em um de seus mais sábios acórdãos sobre a matéria, mostra-se bastante atual. Um comerciante vendera sua loja a outro, acordando que não se restabeleceria na rua da Consolação. Instalou-se, porém, em rua próxima. Haveria má-fé? Entendeu o Tribunal que não, porque a restrição territorial não fora acordada naqueles termos. O vendedor poderia ter limitado a zona de proibição do restabelecimento; não o fez à época do negócio e não o poderia fazer depois. Na íntegra:

“O Apelado explorava certo ramo de negócio á rua da Consolação, nesta capital. O Apelante, vendo-lhe a prosperidade, propoz-lhe a comprar-lhe o estabelecimento se ele quizesse tomar o compromisso de não abrir naquela rua negócio identico. A proposta foi bem acolhida, a transação foi ultimada e o compromisso foi assumido. O homem não tardou, porém, a mostrar ao seu successor que mereceria a prosperidade comercial que o favoreava. Era, de facto, da cabeça aos pés, um negociante esperto. Foi a uma rua próxima á da Consolação e abriu outro negocio... O comprador do negocio antigo pulou de raiva. Aquilo era mais do que uma deslealdade: era uma violação positiva ao compromisso assumido. ‘– Engano, meu amigo, puro engano, volveu o homenzinho com placidez. Nem uma cousa nem outra: nem deslealdade nem violação de compromisso... A que foi que eu me comprometi? Não fio a isto apenas: a não abrir na rua da Consolação negocio idêntico ao que lhe vendi?’ [...] ‘– Boa duvida! Que importa que não abrisse na rua da Consolação se abriu nas proximidades dessa rua? O transtorno que me causa é sempre o mesmo’. ‘– perdão. É possível que assim seja. Mas eu nada tenho

com isso. A minha obrigação é apenas a de respeitar o compromisso, e o compromisso é muito claro: “rua da Consolação, negocio do mesmo genero”. Não diz palavra sobre proximidades daquela rua’. [...] Foram a juízo. O Juiz, tanto o de primeira instancia como o tribunal concordou com o negociante e repeliu a pretensão do outro. O compromisso só se referia à rua da Consolação. Nada dizia quanto às suas proximidades. A abertura de novo negócio, em outra rua, embora proxima daquela, não o violou. Observaram, ainda, os srs. Ministros: ‘- porque, no contrato, esse cidadão não falou tambem nas proximidades da rua da Consolação? podia até marcar a zona dentro da qual ao outro não seria permitido comerciar... Não o fez! Quer fazer agora?’ Acórdão: Accordam em tribunal de Justiça [...] confirmar, como confirmam, a sentença appellada [...]. Julgado em 13 de dezembro de 1913, por Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette”.⁴⁷

Resumindo:

- A cláusula de *non compete* implica forte restrição às liberdades econômicas constitucionais;
- Cumpre ao adquirente da participação acionária acautelarse, barganhar e obter a restrição da atividade do vendedor, pois a regra é pela liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência.
- Nas alienações de participações societárias, o vendedor somente pode ser obrigado a não competir se cláusula expressa for estabelecida nesse sentido.
- A cláusula de *non compete* não comporta interpretação extensiva.

9.12 O direito de não contratar e de pôr fim à relação contratual

Muito se fala da liberdade de contratar e pouco daquela de não contratar, de o agente econômico não permanecer vinculado contra a sua vontade. A baliza, deduzida também a partir do *pacta sunt servanda*, determina que o agente não deve ser obrigado a permanecer em uma relação contratual, a não ser que tenha assumido esse compromisso. Não se protege uma ou outra parte, mas o fluxo de relações econômicas. A faculdade de não se vincular ou de se desvincular, na ausência de regra contratual ou legal impeditiva, também é fundamental para o funcionamento do mercado.

47. As aspas que iniciam e findam as falas dos “personagens” foram acrescentadas. Os embargos, posteriormente opostos, foram rejeitados e o acórdão confirmado.

Tratemos das regras gerais, e não das patologias, dos abusos e das exceções postas por textos normativos específicos⁴⁸. Sabe-se que os contratos podem ter prazo determinado e indeterminado. Quando celebrados por prazo determinado, deixam de vincular as partes tão logo atingido o seu termo. Quando por prazo indeterminado, comportam denúncia unilateral, nos limites da lei. Ao menos nos contratos comerciais, não existe vinculação *ad aeternum*. “Nenhum vínculo é eterno”, asseveram constantemente nossos Tribunais. “[O]rientada a ordem econômica pelo princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição Federal), não se pode negar à parte a possibilidade de desvincular-se de determinado contrato, na hipótese em que prefira contratar outra empresa do ramo, ou adotar formato diverso para conduzir suas atividades”⁴⁹.

Esta regra vale até mesmo para as sociedades limitadas. Em que pesem opiniões doutrinárias contrárias, sabiamente os Tribunais nacionais reconheceram que, sendo a sociedade por prazo indeterminado, o sócio pode dela se desvincular, recebendo seus haveres⁵⁰.

Tem-se defendido que existiria um “princípio de preservação dos contratos” a obrigar o intérprete a se esforçar para manter os ajustes em vigor. A terminologia empregada já induz à confusão. Quando a doutrina e a jurisprudência referem-se à ideia de “preservação dos contratos” têm em mente o gabarito bem sintetizado na Segunda Regra de Pothier, que manda preferir, se possível, a interpretação que não leva à inutilidade do pacto, trilhando estrada que não termina na sua nulidade⁵¹.

48. Como é o caso do art. 720 do Código Civil: “ Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente”.

49. TJSP, Apelação nº 0109819-53.2006.8.26.0100, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Mario de Oliveira, julgado em 6 de junho de 2.016.

50. V. Paula Andrea Forgioni, A unicidade do regramento jurídico das sociedades limitadas e o art. 1.053 do C.C.. Usos e costumes e regência supletiva, p. 7-12.

51. V., também, sobre o tema, a monografia de CRISTIANO ZANETTI, A conservação dos contratos nulos por defeito de forma, p. 55 e s. Lembre-se, também, que essa regra consta dos “Princípios Unidroit de Direito dos Contratos”, sendo sempre relacionada à interpretação útil: “4.5. Intepretação útil. Os termos de um contrato devem ser interpretados de modo a que se dê efeito a todos eles, ao invés de privar quaisquer deles de efeito” [tradução de LAURO GAMA, disponível em <https://www.unidroit.org/overview-principles-2010-other-languages/portuguese-black-letter>, acesso em 14 de janeiro de 2.018].

“Quando huma clausula he susceptível de dous sentidos, deve entender-se naquele, em que ella póde ter efeito; e não naquele em que não teria effeito algum”.⁵²

Sobre a racionalidade e a utilidade dessa pauta de interpretação no direito comercial, lembre-se que se encontra visceralmente ligada à concreção da função econômica dos negócios. Se as partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, como assinalou Chiovenda, o contrato deve ser concebido de acordo com uma função [= função econômica = causa] e a interpretação da avença deve levar à sua consecução. Caso contrário, atirar-se-ia o negócio à inutilidade – decisão incompatível com a lógica do sistema.

Em suma: se as partes contrataram, seu escopo era atingir determinada função econômica, pois o negócio não pode racionalmente ser entendido como atividade de deleite. Deve-se atender à função econômica ao interpretar o contrato. Negar-lhe o escopo típico [ou querido pelas partes] é sepultar seu pressuposto de existência. Por ser contrária à noção de função econômica dos pactos, evita-se a interpretação que leva à inutilidade de alguma de suas disposições.

Não se deve empregar terminologia consagrada [“princípio da preservação do contrato”] para referir algo totalmente diferente. Uma coisa é a manutenção do negócio porque se prestigia a interpretação que não leva à nulidade/inutilidade do pacto. Outra bem diversa seria uma máxima exegética ordenando privilegiar a manutenção da vinculação das partes, em detrimento de sua liberdade. Sempre com o respeito por aqueles que entendem diversamente, esse último “princípio” não existe no direito comercial, especialmente nas relações entre partes sofisticadas⁵³.

Em ajustes entre empresas, como vêm reconhecendo a melhor jurisprudência, uma das maiores pautas de interpretação é o *pacta sunt servanda*. Sua aplicação não visa a corroborar abusos, mas a dar concreção ao que as partes contrataram [função econômica que desejaram para o ajuste comum], sempre nos limites deixados à autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico.

52. *Tratado das obrigações pessoais e reciprocas*, 71.

53. As situações que permitem a prorrogação forçada de contratos são raríssimas, como abordado em Paula A. Forgioni, *Contrato de Distribuição* [Contrato de Distribuição, p. 297 e s.].

A regra para o direito empresarial é *pró-liberdade*, pró-concorrência, ao contrário do que pode ocorrer em outras áreas do direito⁵⁴, comandadas por diferentes lógicas. Presume-se a liberdade e, em caso de dúvida, a liberação/desoneração da parte.

Sabe-se hoje que, em contratos de longa duração, que exigem forte carga de colaboração das empresas envolvidas, mostra-se altamente ineficiente forçá-las a permanecer no negócio contra a vontade de uma delas. A associação simplesmente deixa de progredir, emperrando a cada nova situação que se apresenta. Sem congruência de vontades, impera a desconfiança e esvai-se a disposição para empreender conjuntamente. Os acordos congelam sua capacidade de adaptação, tendendo ao desgaste e à ineficiência⁵⁵. Na ausência de regra contratual em sentido diverso, inexistente vantagem para o sistema em sua manutenção a fórceps, contra a vontade de uma delas.

Ainda sobre esse tópico, uma última observação. Deixando sempre de lado os abusos, não cabe paralelo entre a manutenção forçada de um contrato e o objetivo de preservação da empresa. Doutrina e jurisprudência, *ad una voce*, reconhecem que a empresa é um agente econômico cuja atividade traz riqueza, empregos, pagamento de impostos etc., gerando desenvolvimento aproveitado por toda a sociedade. Essa diretriz, especialmente importante nas áreas do direito societário e falimentar, *protege o núcleo aglutinador em torno do qual se dá a atividade econômica*.

54. Por exemplo, o direito de família ou consumerista.

55. Nessa linha, o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da Ministra Nancy Andrighi: “Com efeito, não se ignora que a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Esta premissa, porém não permite inferir que os contratos devam ser mantidos a todo custo, sem observância da vontade das partes e das circunstâncias presentes em cada hipótese. A opção de contratar e manter-se em um contrato é expressão máxima da autonomia da vontade, sendo certo que eventual descumprimento de compromissos assumidos frente à parte adversa estará sempre sujeito à recomposição pela via indenizatória, com ampla possibilidade de discussão acerca da existência ou não de justa causa para a ruptura” [STJ, Recurso Especial nº 1.250.596/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 3 de novembro de 2.011]. No mesmo sentido, é o acórdão proferido no Recurso Especial nº 966.163/RS: “Muito embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a manterem-se vinculadas contratualmente *ad aeternum*, mas indica que as controvérsias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal, resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos” [STJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26 de outubro de 2.010].

Todavia, o gabarito não pode ser aplicado aos contratos empresariais, pois as situações e os efeitos são marcadamente diversos. Contratos interempresariais corporificam uma forma de atuação das empresas no mercado, estabelecendo relações e vínculos entre elas. Regra geral, esses liames não precisam ser preservados para que se alcance a eficiência empresarial ou o bem-estar social. É a atividade da empresa [globalmente considerada] que se mostra relevante e merece a tutela jurídica, e não seu quadro de parceiros comerciais. O agente econômico é titular do direito, constitucionalmente assegurado, de se organizar livremente, escolhendo aqueles com quem quer manter vínculos jurídico-econômicos. Por isso, o vetor é a favor da liberdade e da não vinculação.

Como conclusão deste capítulo, temos que os princípios constitucionais que garantem liberdades econômicas não são algo a ser invocado apenas na defesa das empresas contra o Estado ou suas agências reguladoras. Estão mais próximos do que se pode pensar, influenciando diretamente o dia-a-dia dos agentes econômicos e os contratos empresariais. Ao se aproximarem dos negócios, os princípios da ordem econômica concretizam-se em regras gerais e em pautas de interpretação, a serem obrigatoriamente seguidos pelos operadores do direito.

INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Lacunas e atuação dos julgadores

SUMÁRIO: 10.1 A integração dos contratos – 10.2 A solução da incompletude contratual : 10.2.1 A solução da incompletude por novo acordo; 10.2.2 A solução da incompletude pelos usos e costumes; 10.2.3 A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro; 10.2.4 A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes – 10.3 Boa-fé e incompletude.

10.1 A integração dos contratos

É clássica a separação entre interpretação e integração contratual. Na primeira, parte-se do texto para desdobrar seu sentido.¹ “[A]pura-se o que as partes quiseram ou, melhor, declararam querer”.² Na segunda, da falta de previsão expressa sobre o tratamento que se deve dar a fato superveniente, o intérprete deverá [ou não] complementar a avença.

Embora, muitas vezes, em contratos de elevada complexidade, essa distinção não apareça com nitidez, há diferença mais ou menos evidente entre *aquilo que foi e aquilo que não foi pactuado*. O contrato é exercício de previsão sobre o futuro. Algumas situações são cogitadas no momento da celebração, e sobre elas se dispõe. Por exemplo, um contrato de distribuição de chocolate, no qual se estipula que o *dealer* deve atingir meta de compra de dez toneladas por mês. Se não o fizer, pagará multa prefixada. As situações expressamente previstas no instrumento costumam ser [ou deveriam ser] aquelas de maior importância para as partes.

Mas há outros contextos que restam sem qualquer referência. Tem-se, efetivamente, uma *lacuna*. O que fazer? A incompletude não é novidade para os juristas, que sempre estiveram às voltas com a *integração contratual*, ou seja, com “a construção do regulamento contratual por obra de fontes heterônomas,

1. Sobre a interpretação dos contratos entre empresas, v. PAULA A. FORGIONI, *Teoria geral dos contratos empresariais*, 2. ed., São Paulo, RT, 2010.

2. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 360.

diversas da vontade das partes”.³⁻⁴ O art. 133 do Código Comercial de 1850 asseverava que, “[o]mitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”.

O problema é que, nos quadrantes do positivismo tradicional e do individualismo metodológico, a intervenção de terceiro no negócio desafia a autonomia da vontade. Tradicionalmente, “o acordo das partes deve ser completo; em outros termos, deve ser suficiente para criar o vínculo”.⁵ Não é sem razão que inexistia disposição análoga ao art. 133 do Código Comercial no Código Civil anterior. Admitir os usos e costumes como fonte integrativa de todos os negócios empresariais arrasta para dentro do contrato uma massa imensa de normas, sem o expresse consentimento das partes, desafiando a visão clássica.

Nesse contexto, a integração contratual nos contratos empresariais é raramente tratada pela doutrina e mesmo pela jurisprudência, que se desviam do real problema. Contudo, diante da proliferação dos contratos complexos [e, portanto, incompletos] nos nossos dias, esse cenário vem se alterando.

10.2 A solução da incompletude contratual

Em face das inevitáveis lacunas dos contratos complexos, de duas, uma: ou são solvidas e o negócio prossegue ou restam sem solução e o contrato encontra seu fim.

Vejamos algumas hipóteses de solução disponíveis nos contratos empresariais, bem como suas implicações jurídicas.

Se nada for disposto em sentido contrário, às lacunas aplicar-se-ão as regras dispositivas, em processo já analisado quando estudamos a vida dos contratos empresariais [capítulo quarto].

3. VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, 461. BULGARELLI apontava a pouca difusão da integração contratual entre nós, pois os autores, apesar de mencioná-la, não lhe dedicavam maior atenção. Define-a como “um processo específico mais profundo que a simples interpretação, permitindo não só a complementação das lacunas verificadas no contrato, como também a sua própria ‘complementação’, através da invocação do ordenamento jurídico” [*Contratos mercantis*, 145].

4. A interpretação integrativa distinguir-se-ia daquela que visa a meramente aclarar o sentido do texto. Na primeira, o juiz “constrói” o contrato, considerando sua base econômica; na segunda, busca o significado do negócio para adequá-lo à disciplina vigente [cf. GUIDO ALPA, *L'interpretazione del contratto*, 215].

5. GUIDO ALPA, *Il contratto in genere*, 465.

10.2.1 A solução da incompletude por novo acordo

A doutrina especializada costuma apontar o acordo entre as partes como a mais clássica forma de supressão das lacunas contratuais. Diante da ocorrência de evento não contemplado no contrato, assiste aos contratantes a prerrogativa de, no exercício da autonomia da vontade, acertar a adaptação do negócio.

Nessa linha, colocam-se as cláusulas de *hardship* e de renegociação, comuns nos contratos internacionais. As primeiras determinam que, diante de certos eventos que perturbam o equilíbrio do contrato, a qualquer das partes assiste a faculdade de requerer sua modificação. Chega-se a estipular que a empresa onerada suspenda o adimplemento da obrigação até a solução do impasse. Nas cláusulas de renegociação, não é pressuposta a alteração da equação econômico-financeira do negócio, tornando mais abrangente sua aplicação.

De qualquer forma, para evitar o fim da relação, é necessário que os contratantes *voluntariamente* cheguem a *consenso*. O ordenamento jurídico não obriga a parte à aceitação de novos termos, ainda que lhe sejam mais vantajosos. Há apenas o dever de negociar, não de alcançar acordo ou de aceitar termos impostos por outrem.⁶⁻⁷

10.2.2 A solução da incompletude pelos usos e costumes

A colmatação do contrato pode derivar da *integração contratual pelos usos e costumes*. Essa regra, antes expressa no art. 133 do Código Comercial, hoje há de ser deduzida do art. 113 do Código Civil, que se coloca como instrumento para o suprimento de lacunas. Ampara-se a legítima expectativa da parte baseada no comportamento que seria de se esperar do comerciante ativo e probonaquela situação. LARENZ, com razão, observa que a interpretação integrativa

6. A questão longe está de ser pacífica, notando-se, nos últimos anos, movimento a favor da imposição do dever de renegociar e, com isso, de manter o contrato. Na opinião dos adeptos dessa corrente, o dever de renegociar não afrontaria a autonomia negociada das partes porque “a obrigação de renegociar, de acordo com a exigência própria dos contratos de longo período, permite a realização e não a alteração da vontade das partes” [PASQUALE GERARDO MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, 553].

7. É defeso à parte *abusar* de sua prerrogativa de não modificar o contrato. No entanto, são notórias as dificuldades de se impedir o oportunismo, em virtude da fluidez das fronteiras que separam o uso do abuso do direito de não se vincular.

não é mera ponderação das declarações de vontade individuais das partes, e sim autêntica *regulação objetiva* criada pelo contrato, no contexto do mercado. “A boa-fé exige que cada parte aceite o contrato como fariam os contratantes honestos a partir da ideia básica da finalidade do negócio, tomando em consideração os usos do tráfico”.⁸

A jurisprudência brasileira traz exemplo dessa linha de solução em importante acórdão da lavra de ALIOMAR BALEEIRO.⁹ No final da década de 50, os litigantes haviam contratado a compra e venda de 2.000 arrobas de cacau e somente 800 foram entregues pelo vendedor. No pedido da mercadoria, único documento a comprovar a operação, acordou-se singelamente “a quantidade, data de entrega e preço”, nada sendo dito quanto à data do pagamento.

O comprador interpelou o vendedor para que entregasse a mercadoria; este se recusou, alegando que ainda não havia recebido o preço. Nos termos do art. 1.092 do Código Civil então vigente, semelhante ao art. 476 do Código atual, o vendedor não estaria obrigado a entregar o cacau.

Ficou comprovado que os costumes comerciais da região determinavam que o pagamento se desse apenas após a entrega. Nas palavras de ALIOMAR BALEEIRO: “Como é de uso muito antigo no comércio de cacau entre fazendeiros produtores e firmas exportadoras da Bahia, as operações se realizam a termo, para entrega futura, fixados desde logo em singelo ‘pedido’, – único documento – a quantidade, a data de entrega e o preço. Nada mais [...]. É o uso imemorial na Bahia. Milhões de quilogramas são vendidos desse modo, cada ano, sem estrépito [...]”. O contrato foi completado pelos usos comerciais no que dizia respeito à determinação do prazo de entrega, não expressamente convencionado pelas partes.

Nem sempre há usos e costumes que possam ser invocados para sanar a disciplina contratual, ou são eles suficientemente institucionalizados a ponto de permitirem sua demarcação. A discussão desloca-se para a eventual atribuição a terceiro do poder de completar as disposições do negócio.

10.2.3 A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro

Aqueles não acostumados à prática dos contratos empresariais complexos costumam defender que a integração contratual deve dar-se na maior amplitude possível. O intérprete estaria autorizado a, partindo do que foi escrito, dar-se

8. *Derecho civil*, 745.

9. Supremo Tribunal Federal, RE 79.545, rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, j. 22.11.1974.

a deduzir regras sobre aquilo que não o está, acatando intervenção exógena na solução de lacunas. Isso valeria até mesmo para contratos celebrados por partes sofisticadas, i.e., grandes agentes econômicos. O julgador haveria de empunhar os contratos associativos como *sociedades [partnerships]*,¹⁰ impelido por um “princípio geral de preservação dos contratos”.

Essa visão não se coaduna com os vetores de funcionamento do direito comercial. Como observou BETTI, pode ser “inútil e irrelevante dar-se a pesquisar uma vontade ‘suposta’ ou ‘presumível’ que, na realidade, não existiu”.¹¹ Adivinhar o que as partes teriam contratado se houvessem previsto determinado fato à época da contratação mostra-se, no mais das vezes, inadequado.¹² No

-
10. Segundo MELVIN A. EISENBERG, as “novas” regras propostas pela doutrina especializada para o tratamento jurídico dos contratos relacionais orientam-se pelos seguintes parâmetros: [i] tornar mais flexível ou mesmo superar o clássico esquema “oferta/aceitação” como base para a formação do contrato; [ii] diminuir a intolerância a regras contratuais indefinidas, tais como *agreements to agree*, obrigações para a negociação conforme os princípios da boa-fé etc. [ou seja, reavaliação do tratamento de cláusulas gerais]; [iii] aumentar as possibilidades de alteração contratual em casos de modificação das circunstâncias, tais como *impossibility, impracticability, and frustration*, causas legítimas para o descumprimento do pacto; [iv] atribuir maior eficácia a cláusulas do tipo “melhores esforços”; [v] tratar os contratos relacionais como autênticas sociedades [*partnerships*] uma vez que envolvem empresa comum; [vi] conferir caráter unitário aos contratos relacionais; [vii] impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé, praticar preços “equitativos”, quando houver modificação do contexto contratual, e até instituir para uma das partes o dever de aceitar essa mudança; [viii] permitir aos Tribunais adaptarem ou revisarem as cláusulas contratuais, incluindo preços, dentro de um contexto em que as perdas de uma parte fossem compensadas pelo lucro obtido pela outra [*Relational contracts*, 298-299].
11. No original: “è inutile e irrilevante andare a ricercare una volontà ‘supponibile’ o ‘presumibile’, che in realtà non ci fu” [*Teoria generale del negozio giuridico*, 343].
12. Ao comentar o art. 704 do Código Civil Português, leciona INOCÊNCIO GALVÃO TELLES: “Porque se manda atender às consequências usuais? Porque os sujeitos, conquanto as não tenham mencionado, decerto as quiseram, ou pelo menos as *teriam querido*, caso as houvessem previsto. Ora, se é assim, porque não considerar também abrangidas no contrato cláusulas que as partes não expressaram, mas que teriam querido se tivessem pensado nelas e na sua possível necessidade? A resposta afirmativa impõe-se, pelo menos todas as vezes que sem a integração da lacuna se torne impossível a execução da declaração de vontade no seu conjunto. O critério orientador é aqui o mesmo que vimos dominar os problemas, afins a este, da *redução e conversão* dos contratos: a determinação da vontade conjectural ou hipotética das partes. Não se trata de averiguar o que estas *provavelmente quiseram*, mas o que *teriam querido* se

processo de negociação, não é incomum que as empresas, deliberadamente, evitem enfrentar pontos controvertidos que aumentariam seus custos de barganha. *Com esse proceder, assumem riscos que não podem ser ignorados pelo intérprete.* Impor obrigação não contratada pode significar a neutralização do risco assumido pelo agente econômico. *Lacunas não são um “defeito” do negócio jurídico, mas sua característica.*

Nos contratos entre empresas, a autonomia econômica não implica tributo ao velho individualismo, nem tampouco defesa dos agentes de maior porte. Seu respeito é fundamental para a preservação das liberdades econômicas: ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou de sua própria vontade. Autorizar o intérprete a ajustar disposições contratuais em nome e por conta das partes pode golpear sua liberdade, ferindo a Constituição.

A presunção é oposta àquela que decorreria da existência de um “princípio de preservação dos contratos”: Não tendo as partes investido terceiro do poder de complementar os termos do acordo, assumiram o risco de seu aborto na ausência de futuro consenso. Agiram para preservar seu poder de conduzir suas próprias estratégias comerciais: “sem acordo, sem negócio”. Os prejuízos sistêmicos que adviriam do ataque ao princípio do *pacta sunt servanda* e da liberdade de contratar não parecem compensados por eventual ganho decorrente na preservação forçada. É preciso abandonar certo “preconceito progressista” que presume ser o respeito ao pacto asserção própria apenas ao contexto social e econômico do século XVIII. Trata-se de um dos principais pilares do sistema mercantil; sem ele, ruiria o mercado. Exceções devem ser tomadas *cum grano salis* e se alçam não a partir da vontade do julgador, daquilo que ele entende ser “correto”, e sim da prática de mercado e da preservação da *legítima* expectativa.

A jurisprudência comercial brasileira consolidou-se no sentido de refutar a intervenção exógena, em respeito à autonomia privada. Na síntese do Supremo Tribunal Federal: “não [pode] o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende do futuro entendimento e de valoração de dados ainda não colhidos. Se assim agir, o juiz estará contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das Partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declaração de vontade que elas não

se houvessem ocupado da matéria que deixaram em branco” [*Manual dos contratos em geral*, 361].

fizeram”.¹³ Isso não significa, em absoluto, que o interesse egoístico do agente deva prevalecer sobre qualquer outro fim. Nada impede que, para dar concreção aos objetivos impostos pelos arts. 1.º, 3.º e 170 da Constituição do Brasil, o princípio do *pacta sunt servanda* seja mitigado. Em certos casos, o ordenamento admite que a parte seja impelida à contratação, como na hipótese de negativa de acesso a *facilidades essenciais*, estudada pelo direito concorrencial. Atualmente, entende-se que a recusa de contratar por parte do agente detentor de posição dominante pode caracterizar infração à ordem econômica, ainda mais nos casos em que o bem ou o serviço é indispensável para a continuidade das atividades empresariais.¹⁴ Outro exemplo de obrigatoriedade de contratação encontra-se no art. 473, parágrafo único, do Código Civil, que impõe à parte denunciante a manutenção do contrato até a recuperação dos investimentos realizados pela outra em prol do negócio.

10.2.4 A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes

Cientes da incompletude contratual e visando a estabelecer mecanismos de solução de problemas que germinarão durante a vida do negócio, no momento de sua celebração as partes podem atribuir o preenchimento de lacunas [i] a um terceiro ou [ii] a uma delas.

Em exemplo: ao tratar da incompletude dos contratos de intercâmbio, o antigo Código Comercial previa a possibilidade de determinação do preço da mercadoria por terceiros, se dessa forma fosse estipulado.¹⁵ A alternativa

13. REsp 88.176, rel. MOREIRA ALVES, RTJ 92:251. Sobre a jurisprudência italiana, no mesmo sentido da brasileira, cf. GUIDO SANTORO, *La responsabilità contrattuale*, 764 e ss.

14. Essa situação ocorreria na presença dos seguintes elementos [i] controle da facilidade essencial por agente econômico detentor de posição dominante; [ii] impossibilidade de o contratante que pretende obter a facilidade essencial construí-la ou obtê-la de outra forma razoável; [iii] recusa de acesso para um concorrente e [iv] possibilidade de fornecimento de acesso à facilidade essencial pela empresa em posição dominante, ou seja, “the feasibility of providing the facility”. Sobre o tema das facilidades essenciais, a doutrina antitruste é muito extensa. Para síntese das diversas posições, cf. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy*, 305 e ss. V., também, PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, 322 e ss.

15. “Art. 194. O preço de venda pode ser incerto, e deixado na estimação de terceiro; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores”.

continua presente no art. 485 do atual Código Civil. Há, contudo, diferença entre essas disciplinas: O Código Comercial estipulava que, caso o terceiro não quisesse ou não pudesse cumprir sua função, ela seria desempenhada por arbitradores.¹⁶⁻¹⁷ O atual Código Civil, visando a não obrigar as partes àquilo que não contrataram, sinaliza que, nos contratos de compra e venda, na hipótese de o terceiro não aceitar a incumbência, “ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa” [art. 485].

Alternativamente, é facultado às empresas convencionarem, no início da vida contratual, que uma delas será responsável por completar o regramento. Como ressaltou certo autor, “[a] atribuição a um contratante do poder de determinar unilateralmente o conteúdo do contrato incompleto constitui, em certas operações econômicas, solução necessária ou preferível, na falta da qual os interesses das partes não poderiam se realizar ou não restariam plenamente satisfeitos”.¹⁸

Os pontos a serem completados desempenham *função econômica* importante no negócio celebrado, revelando-se indispensáveis para o sucesso do empreendimento comum. Exemplo clássico é a cláusula de *estoque mínimo*, mediante a qual se atribui ao fornecedor a faculdade de, durante a vida do contrato, estabelecer ou alterar a quantidade de bens que o distribuidor deverá manter em estoque. A *função econômica* dessa estipulação relaciona-se ao bom atendimento ao consumidor; se não encontrar o produto no estabelecimento do distribuidor, poderá dirigir-se àquele do concorrente.

A licitude dessas estipulações contratuais é muitas vezes contestada, sustentando alguns que seriam *puramente potestativas*, vedadas em nosso ordenamento jurídico pelo art. 122 do Código Civil.¹⁹ A potestatividade restaria configurada “quando se releva ao exclusivo arbítrio de uma das partes todo o

16. Isto é, por peritos arbitradores nomeados em juízo, consoante arts. 189 a 205 do Decreto 737, de 1850.

17. A referência é de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, baseado nas lições de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES [*Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, 32].

18. ANTONIO FICI, *Il contratto incompleto*, 54.

19. Art. 122, *in verbis*: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

feito da manifestação da vontade, não possibilitando à outra parte a interferência volitiva nessa formação”.²⁰

É importante retomar a distinção encetada pela doutrina civilista entre as cláusulas *puramente potestativas* [ou potestativas puras], fulminadas pela nulidade, e aquelas *meramente potestativas*, que seriam válidas. Nas primeiras, a eficácia do ato jurídico [ou seja, a produção de seus efeitos típicos] fica condicionada à vontade exclusiva de uma das partes.²¹ Nas *cláusulas meramente potestativas* o devedor não está sujeito ao capricho do credor. Elas “dependem da prática de algum ato por parte do contraente, na dependência, porém, do exame de circunstâncias que escapam ao controle dele”, afirma WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.²² Para CARVALHO SANTOS, na “condição simplesmente potestativa, [...] o evento não está subordinado única e exclusivamente à vontade ou ao arbítrio da parte, mas depende também de um conjunto de circunstâncias, que independem de sua vontade”.²³

A potestatividade será afastada se os efeitos da cláusula dependerem de circunstâncias objetivas²⁴ que se relacionam à busca do êxito do empreendimento comum, e não apenas da vontade de uma das partes. Justificam-se e embasam-se, pois, na *função econômica* pressuposta pelas partes quando da contratação.

O parâmetro da *função econômica* é fundamental por conferir *objetividade* à determinação dos limites da licitude do exercício de poder que, embora *unilateralmente* detido, foi por ambas as empresas atribuído a apenas uma delas.

Essa conclusão não afasta a condenação do abuso nos contratos interempresariais, repelindo-se o exercício *disfuncional* [= contrário à função econômica] da faculdade de colmatar unilateralmente as lacunas contratuais, nos termos do art. 187 do Código Civil. Esse abuso tem lugar quando a empresa “completa” o regramento não respeitando a função econômica da cláusula, que justificou a atribuição desse poder a apenas uma das partes, dispensando

20. Superior Tribunal de Justiça, REsp 54.989, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, publicado em 23.06.1997.

21. Para PONTES DE MIRANDA, a “potestatividade pura estabelece o arbitrário, que é a privação do direito, da relação jurídica; [...] o querer puro, sem limites, repugna ao direito” [*Tratado de direito privado*, t. V, 157].

22. *Curso de direito civil*, v. 1, 238.

23. *Código Civil brasileiro interpretado*, III, 34.

24. PAULA A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, 267 e ss.

o consenso posterior. No exemplo acima, haveria abuso caso o fornecedor impusesse ao distribuidor a compra de quantidade exagerada de bens [i.e., superior àquela necessária ao bom atendimento do consumidor], visando a desovar produtos de pouca aceitação no mercado.

O oportunismo disfuncional não há de ser tolerado; o exercício do poder conferido a uma das partes deve ocorrer dentro dos limites impostos pela boa-fé e da função econômica dele esperada.²⁵

10.3 Boa-fé e incompletude

A solução de problemas derivados da incompletude dos contratos tem se socorrido de institutos tradicionais do direito comercial, que há muito pertencem ao nosso patrimônio jurídico, tais como a proteção da legítima expectativa, o respeito à sua função econômica, a vedação ao abuso de direito e a boa-fé.²⁶

25. A doutrina em língua inglesa costuma referir-se ao poder conferido por essas cláusulas como *discretionary power*. Sobre o tema, cf. HUGH COLLINS, *Discretionary powers in contracts*. Em interessante conclusão, o autor aponta a “dimensão implícita” das “legítimas expectativas” das partes como parâmetro a ser levado em consideração no controle do exercício dos poderes discricionários.

26. “Le pronunce che rinviato al principio di buona fede sono in costante crescita. Più frequente che in passato è anche il ricorso alla nozione di abuso del diritto” [BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nella economia*, 337]. No mesmo sentido, GUIDO ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, 155.

“Particolarmente rilevanti appaiono oggi la normazione ed i principi comunitari al fine della interpretazione-integrazione di quelle formule elastiche, siano esse o meno clausole generali, a contenuto variabile, rispetto alle quali è affidato all'interprete il compito di concretizzarne il contenuto, in linea con i criteri assiologici desumibili dal sistema normativo nelle sue varie articolazioni ed ai suoi vari livelli” [FABRIZIO CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, 195]. Para comentário de sentenças da Corte de Cassação italiana reconhecendo a boa-fé integrativa, concluindo que “l'applicazione del principio di buona fede si esplica in un'attività negoziale di integrazione del testo contrattuale, che deve essere inteso così come lo avrebbero voluto contraenti onesti e leali”, cf. VERONICA TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*.

É inegável o contexto favorável à expansão da aplicação das cláusulas gerais em que hoje nos encontramos, especialmente em relação aos contratos complexos. Sempre é útil recordar a lição de STEFANO RODOTÁ: em determinados contextos, afloram as cláusulas gerais por uma questão de necessidade: “In verità, più che da una ferrea legge, la fortuna o il declino delle clausole generali dipendono dallo specifico contesto

Existe tendência de resolução dos conflitos tomando como norte as chamadas *cláusulas gerais*, ainda mais acentuada após a edição do novo Código Civil.

A consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos substitui a lógica oportunista, *advantage-taking*, por outra *colaborativa*, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum.²⁷ “Se as partes firmaram acordo é porque comungavam do mesmo objetivo. Ocorre que se o objetivo é comum, é necessário que as partes colaborem antes, durante e após a conclusão do contrato para a sua consecução”.²⁸⁻²⁹

Mostra-se fundamental para a integração do negócio a demarcação da sua *função econômica* – unida à “natureza” e ao “espírito” da associação. O dever de colaboração impõe-se para a consecução desse *fim comum*; a partir dele borbotarão condutas obrigatórias para as partes, objetivadas [e previsíveis] pelo mercado. Tudo é sempre feito a partir da observação do que normalmente ocorre na prática comercial, a ponto de gerar legítima expectativa, i.e., fundada confiança de que a outra parte comportar-se-ia de acordo com a praxe.²⁹

É com essa perspectiva objetiva, ligada à prática, que a boa-fé vai se abrindo em comportamentos concretos,³⁰ assumindo função integrativa admitida pela doutrina.³¹ Transforma-se, além de parâmetro de interpretação, em fonte de

storico in cui di volta in volta devono essere riguardate” [*Le fonti di integrazione del contratto*, 187].

27. FRANCESCO MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: della presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, 229.
28. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*, 15. “A função da ideia de boa-fé no direito contratual, especialmente se este é entendido como instrumento de organização social – e essa é sem dúvida uma premissa que precisa ser aceita [...] – é permitir a cooperação contratual entre as partes no cumprimento dos objetivos econômicos do contrato. Na verdade, a boa-fé nada mais é que um dos corolários da ideia cooperativa” [*Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*, 21].
29. A ideia de colaboração como inerente ao contrato vem repisada no art. 1.202 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, nos seguintes termos: “Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract”.
30. ROPPO, *Il contratto*, 495 e ss.
31. “Da tempo dottrina e giurisprudenza riconoscono nella buona fede [oggettiva] un'importantissima fonte d'integrazione del contratto. Para a resenha bibliográfica sobre a boa-fé integrativa, v. ERNESTO CAPOBIANCO, *Il contratto dal testo alla regola*, 201, e, também, ROPPO, *Il contratto*, 505. Ainda sobre a função integrativa da boa-fé, explica JUDITH MARTINS-COSTA: “para que possa ocorrer uma coerente produção

deveres e de obrigações. Adverte CLÓVIS DO COUTO E SILVA que “[n]ão se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”.³²

A boa-fé objetiva, especialmente nos contratos complexos, pode levar os chamados deveres laterais, ou seja, “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, “deveres de comportamento”, “deveres de proteção”,³³ que se dirigem a ambos os polos da relação jurídica. “Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”.³⁴

As “circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual”³⁵ podem ser fonte de deveres e de obrigações.³⁶ O caso não é, contudo, de “tirania dos valores”.³⁷ O controle do oportunismo requer a análise da es-

dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua como cânone hermenêutico integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto” [*A boa-fé no direito privado*, 429].

32. *A obrigação como processo*, 34.

33. Expressões de MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 279.

34. JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, 440.

35. Dicção de JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, 430.

36. Esse método também é advogado pelos autores da linha dos contratos relacionais, que procuram flexibilizar a visão tradicional, neoclássica. Assim, IAN MACNEIL sustenta que sua consideração exige o reconhecimento de que cada negócio está enraizado [*embedded*] em relações complexas, de forma que se exige sejam considerados os elementos essenciais das relações que os envolvem. Aponta esse autor as seguintes características dos contratos relacionais: “First, every transaction is embedded in complex relations. Second, understanding any transaction requires understanding all essential elements of its enveloping relations. Third, effective analysis of any transaction requires recognition and consideration of all essential elements of its enveloping relations that might affect the transaction significantly. Fourth, combined contextual analysis of relations and transactions is more efficient and produces a more complete and sure final analytical product than does commencing with non-contextual analysis of transactions” [*Relational contract theory: challenges and queries*, 881].

37. Na conhecida expressão de CARL SCHMITT, retomada por NATALINO IRTI [*Un diritto incalcolabile*].

estrutura econômica da operação, das circunstâncias que a acompanham e dos mercados a ela relacionados.³⁸

O completamento do regramento contratual com base no que usualmente ocorre no mercado deve ser apartado da mera atribuição de poder a terceiro que, em nome da preservação do contrato, ditaria seus termos futuros. No entanto, na realidade dos fatos, essa fronteira não se delinea de forma clara e os julgadores acabam muitas vezes utilizando a boa-fé para *justificar* decisão que implica o aviltamento da legítima liberdade de contratar.

É preciso evitar o risco de empregar a boa-fé como remédio para todos os males, empregando-a em nome de amorfa busca da “justiça social”. Não se trata de uma caixa de Pandora, da qual se podem extrair as soluções mais díspares.³⁹ Sempre na dicção de LARENZ: “O juiz não deve impor seus próprios módulos às partes, que determinam por si o conteúdo do contrato no âmbito de sua autonomia privada, mas apenas levar a termo a ponderação das valorações em que elas se basearam”.⁴⁰ No que toca ao direito comercial, *a boa-fé não pode ser aplicada de maneira a despir o agente econômico da sagacidade que lhe é peculiar*. Tampouco deve ser sacada como justificativa para o inadimplemento da parte ou desculpa para comportamentos imprudentes ou desconformes ao parâmetro de mercado.

38. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 349.

39. PAOLO GALLO, *Contratto e buona fede*, 606.

40. *Derecho civil*, 746.