

DIREITO EMPRESARIAL

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO
PROFESSOR HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

AUTORES:

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA
ALBERTO CAMELIER
ALEXANDRE BUENO CATEB
ALEXANDRE DEMETRIUS PEREIRA
ÁLVARO A. C. MARIANO
ANDRÉ ANTUNES SOARES DE CAMARGO
BALMES VEGA GARCIA
CLÁUDIO FINKELSTEIN
DULCE NASCIMENTO
EDUARDO GREBLER
EMANUELLE URBANO MAFFIOLETTI
ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA
FRANCISCO FLORENCE
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR
FREDERICO JOSÉ STRAUBE
GILBERTO GIUSTI
GUY HORSMANS
IVO WAISBERG
JAIR SADDI
JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES
JULIANA KRUEGER PELA
LEANDRO RENNÓ
LUCAS PETRI BERNARDES
LUCIANO BENETTI TIMM
MARCELO VIEIRA VON ADAMEK
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES
MÁRIO SÉRGIO DUARTE GARCIA
MARISTELA BASSO
MILTON BAROSSO-FILHO
MODESTO CARVALHOSA
NELSON NERY JUNIOR
OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO
RACHEL SZTAJN
RENATO M. BURANELLO
SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA
TARCÍSIO TEIXEIRA
THIAGO SPERCEL
UINIE CAMINHA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO



EDITORA
IASP

COORDENAÇÃO:

RACHEL SZTAJN
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES E
TARCÍSIO TEIXEIRA

ISBN 978-85-69419-00-6

Direito Empresarial
Estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
1ª Edição - Junho de 2015

© Edição e Distribuição da Editora IASP

Os colaboradores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

CNPJ: 43.198.555/0001-00
Rua Líbero Badaró, 377 - 26º andar - CEP 01009-000 São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Telefone: (55 11) 3106 - 8015
Site: www.iasp.org.br
E-mail: editora@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.
Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.
Lei 9.610/1998

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e Diagramação: Kriando / Brandium

Impressão: Orgrafic

Impresso no Brasil: [6-2015]



**EDITORA
IASP**

SÃO PAULO, JUNHO DE 2015

INTRODUÇÃO

O INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO, fundado em 29 de novembro de 1874, declarado de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 62.480, de 28 de março de 1968, Decreto Estadual nº 49.222, de 18 de janeiro de 1968 e Decreto Municipal nº 7.362, de 26 de janeiro de 1968, associação civil de fins não econômicos que congrega os principais juristas, professores, advogados, magistrados e membros do Ministério Público do país, admitidos por rigorosa avaliação com pareceres e votação, dedica-se aos altos estudos e a difusão dos conhecimentos jurídicos, ampliando os horizontes da cultura e das carreiras jurídicas em benefício da sociedade.

A fundação da Editora IASP foi o marco da comemoração dos 140 anos das atividades do Instituto dos Advogados de São Paulo cuja essência sempre foi o debate que ecoa e se pereniza com as publicações.

Dessa forma, com a presente obra, renasce o selo da COLEÇÃO BARÃO DE RAMALHO, um dos fundadores e primeiro presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo.

PARTE VII

CONTRATOS

RISCO E CONTRATOS EMPRESARIAIS A APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

JULIANA KRUEGER PELA

Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo é fruto de pesquisa feita, a partir do segundo semestre de 2012, em preparação para o curso intitulado Fundamentos dos Contratos Empresariais, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A pesquisa revelou a acertada orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a aplicação da resolução por onerosidade excessiva a contratos empresariais. Optei por tratar desse tema para homenagear o Professor Haroldo Verçosa pois ele sempre se preocupou em ensinar, na esteira da tradição legada por Ascarelli ao nosso Departamento, que a análise jurídica deve estar atenta à realidade econômica.

2. RISCO E A FUNÇÃO DOS CONTRATOS

O conceito jurídico de contrato, que costuma ser repetido à exaustão em obras de Direito Privado – “acordo de duas ou mais partes para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas de cunho patrimonial” (art. 1321 do *Codice Civile* italiano) –, pouco revela sobre a função desempenhada pelos contratos. Embora defina o contrato por sua finalidade, o conceito emprega categorias jurídicas abstratas e por isso se torna um tanto opaco.

Para explicar a função do contrato – sem necessariamente decompor o conceito em outras definições jurídicas, como negócio jurídico, relação jurídica, declaração de vontade, patrimonialidade – é preciso recorrer a noções diversas, afeitas à ideia de mercado.

Essa tarefa foi desempenhada – com reconhecido êxito – por Enzo Roppo. Ao definir o contrato como “veste exterior” ou “invólucro” de uma operação econômica, entendida como aquela que promove a circulação de riquezas, Roppo lançou luz sobre o caráter instrumental do conceito jurídico de contrato¹. O contrato, portanto, não tem existência autônoma e abstrata. Vincula-se e *depende* de uma operação econômica que lhe é subjacente, e cuja correta e precisa identificação cabe, inexoravelmente, ao intérprete.

O reconhecimento de que o contrato *serve* a uma operação econômica traz, contudo, outras consequências, nem sempre consideradas na aplicação do direito contratual. A principal delas é a de que o contrato determina a imputação, às partes, de riscos associados à operação econômica. Para bem reger a operação econômica pretendida, o contrato estabelece qual parte arcará com os riscos mais comumente decorrentes de seu cumprimento. Por isso, considera-se o contrato um “instrumento para alocação consentida de riscos entre as partes”².

A rigor, ao celebrar o contrato, as partes antevêm os riscos usualmente relacionados ao cumprimento de suas obrigações e determinam em qual esfera patrimonial incidirão as consequências da eventual materialização desses riscos. A atribuição dessas consequências a um ou a outro contratante tem reflexos nas prestações devidas pelas partes, de forma a assegurar o equilíbrio econômico e a utilidade do contrato.

Ocorre, contudo, que a alocação perfeita de todos os riscos contratuais não passa de um modelo teórico ideal. Na realidade dos contratos concretamente existentes e considerados, é muito custoso ou inviável – por diversas razões – identificar previamente *todos* os eventos que podem impactar a relação das partes e imputar suas consequências a uma delas, ou a ambas³. Nesse sentido, dizem os economistas – e mais recentemente também os juristas – que os contratos são intrinsecamente imperfeitos e incompletos.

Diante de tal imperfeição congênita, o próprio Direito procura “reconstruir o contrato perfeito”⁴. E o faz de diversas formas.

2. Forgioni, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136-138.

3. Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott exemplificam de forma didática: “Naturalmente el contrato perfecto sólo constituye un juego de ideas. Los altos costes de transacción, especialmente los de información, sólo posibilitan contratos cuyos riesgos están incompletamente especificados. Si Adán y Eva hubieran comido del árbol de la ciencia con un propósito común y se hubieran querido poner de acuerdo sobre el reparto de todos los riesgos, aún estarían sentados en el paraíso totalmente ocupados con las negociaciones del contrato. (...) en muchos casos la tarea de los jueces consiste únicamente en enjuiciar cómo se habría imputado un riesgo, si las partes lo hubieran conocido con anterioridad a la conclusión del contrato y, estando de acuerdo con él, hubieran celebrado un contrato perfecto.” (*Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin: Springer-Verlag, 1986. Tradução de Macarena von Carstenn-Lichterfelde. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 262-263).

4. Mais uma vez, a expressão é de Schäfer e Ott, que atribuem à lei e à jurisprudência a tarefa de imputar, *ex post*, os riscos sobre os quais as partes não acordaram, *ex ante*, expressa ou tacitamente. (*Lehrbuch der*

1. *Il contratto*. Bologna: Mulino, 1977. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7-9.

Estabelece, por exemplo, certas regras para determinar a alocação de risco entre as partes na ausência de previsão contratual. Costumam ser citados, nesse contexto, o artigo 492 do Código Civil sobre a compra e venda (pericimento fortuito da coisa atribuída ao vendedor), o artigo 611 da empreitada com fornecimento de materiais (risco a eles relacionados atribuídos ao empreiteiro) e as normas aplicáveis a contratos internacionais de compra e venda de mercadorias⁵.

Mas há riscos que não podem ser antevistos, nem pelas partes, nem podem ser tidos como frequentes no âmbito de determinado tipo contratual, embora possam comprometer seriamente o pretendido equilíbrio econômico do contrato. Para esses – “extraordinários e imprevisíveis” –, o Direito criou uma, por assim dizer, válvula de escape: a revisão ou resolução por onerosidade excessiva.

3. A ONEROSIDADE EXCESSIVA E SUA CARACTERIZAÇÃO. O RISCO NORMAL DO CONTRATO

Admite-se, em diversos ordenamentos, que a alteração drástica de circunstâncias que afetem a execução de contratos diferidos, comprometendo a própria comutatividade do *sinagma*, enseje o afastamento do princípio *pacta sunt servanda*. Conforme afirmou John Eolfson, a sensatez da força obrigatória dos contratos é colocada em dúvida quando circunstâncias externas tornam as obrigações contratuais irreconhecíveis e inaceitáveis pelas partes, se delas soubessem no momento da celebração do contrato⁶.

No Direito brasileiro, essa regra que visa à preservação do equilíbrio contratual foi intitulada “resolução por onerosidade excessiva” e consta dos artigos 478 a 480 do Código Civil nos seguintes termos:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma

ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Berlin: Springer-Verlag, 1986. Tradução de Macarena von Carstenn-Lichterfelde. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 263).

5. Forgioni, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

6. Circumstances in Contract Law: an economic analysis of the foreseeability and superior risk bearer tests. *Columbia Journal of Law and Social Problems*. n. 1. 1996-1997, p. 1.

das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

A principal dificuldade interpretativa do artigo 478 reside em qualificar o acontecimento extraordinário e imprevisível, apto a caracterizar a onerosidade excessiva e a vantagem extrema, e por consequência autorizar a resolução ou o reequilíbrio do contrato.

A respeito dessa dificuldade, já afirmou – com especial acuidade – João Batista Vilella: “aqui não se pode operar senão por ensaios clínicos. Não há medidas objetivas que permitam rotular o estado de uma prestação como tendo se tornado excessivamente oneroso. Nem quando um acontecimento assume o predicado de extraordinário ou imprevisível. Vai daí que é vão esperar uma resposta de autoridade, peremptória e universal. Perde o seu tempo quem o tentar”⁷.

De fato. Mas se pode – quicá sem perda de tempo – procurar identificar parâmetros para esses “ensaios clínicos”. Para essa tarefa, o *Codice Civile* de 1942 oferece importante subsídio. Confira-se a redação do artigo 1.467 do *Codice Civile*:

“Art. 1.467. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.”

7. Equilíbrio do contrato. Os números e a vontade. *Revista dos Tribunais*. n. 900, p. 90-122, 2010, p. 105.

Embora a redação do *Codice Civile* tenha sido, em diversas oportunidades, copiada literalmente pelo Código Civil brasileiro de 2002, há partes que – lamentavelmente – ficaram de fora da tradução⁸. O trecho grifado acima é um deles⁹. Ao excluir a resolução nas hipóteses em que a onerosidade está abrangida na “álea normal do contrato”, o artigo qualifica, *a contrario sensu*, “extraordinários e imprevisíveis”. Afasta os eventos que decorram dos riscos do próprio negócio jurídico. Esses são ordinários e previsíveis.

Nos contratos aleatórios, o risco de a coisa não vir a existir é necessariamente assumido por um dos contratantes (art. 458 do Código Civil). O mesmo não ocorre nos contratos comutativos. A “álea normal” dos primeiros é inevitavelmente mais extensa que a dos segundos. Nos contratos típicos, a álea normal é, ao menos em parte, determinada pelas regras de alocação de risco positivadas (ou socialmente reconhecidas para o caso de contratos socialmente típicos). Nos contratos atípicos, os contornos da álea normal demandam ainda maior empenho do intérprete: qual a operação econômica subjacente? Quais riscos as partes implicitamente reconheceram e repartiram?

A álea é, portanto, uma noção elástica, que comporta maior ou menor extensão, e deve ser avaliada conforme o tipo do contrato e ainda as circunstâncias concretas do negócio.

Para essa avaliação, é relevante também verificar quais as características do mercado em que o contrato se insere¹⁰. Há mercados em que a oscilação de preço nada tem de extraordinária ou imprevisível, é – ao contrário – esperada¹¹.

Além das características do mercado em que o contrato foi celebrado, outro fator – a ele conexo e intimamente vinculado – deve ser considerado para distinguir o risco

8. Assim também na noção de empresa inscrita no artigo 966 do Código Civil. Vide, a respeito, Sztajn, Rachel. O que se perdeu na tradução. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*. v. 153-154, jan/jul 2010, p. 7-15.

9. Como reconhecem Paula Forgioni (*Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 249) e Cristiano Zanetti (O risco contratual. In: Ancona Lopes, Teresa; Lemos, Patricia Iglesias, Rodrigues Junior, Otávio Luiz. (Org.). *Sociedade de risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas. Cap. 25, 2013, p. 459).

10. Roppo, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p.1024.

11. Foi o caso do *leasing* cambial, conforme noticiado por Rachel Sztajn (Notas sobre leasing cambial. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*. v. 120, out/dez 2000, p. 66-75).

normal do contrato de seu risco extraordinário. Trata-se do caráter empresarial ou existencial¹² do contrato.

4. PARTICULARIDADES DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS PARA A DEFINIÇÃO DA ÁLEA NORMAL DO CONTRATO

Paula Forgioni define por empresarial o contrato celebrado por profissionais, que atuam em mercado com intuito de lucro, para o exercício de suas respectivas atividades¹³. Essa definição – que sabiamente afasta a incidência do artigo 966 do Código Civil de seu tormentoso parágrafo único para distinguir contratos empresariais dos demais¹⁴ – tem por núcleo a *profissionalidade*.

É profissional quem exerce com habitualidade, continuidade e *expertise* uma atividade econômica em mercado¹⁵. O profissional conhece, ou deve conhecer, os riscos inerentes à sua atividade – em padrão comparativamente mais elevado que o homem médio – e é, ou deve ser, capaz de identificar, com clareza, os riscos ordinários e previsíveis. Uma produtora de grãos sabe que a safra pode estar sujeita a pragas ou variações climáticas. Uma construtora sabe quais condições do solo podem comprometer a higidez da obra. Uma exportadora sabe que a cotação da moeda estrangeira pode variar. Uma seguradora domina as técnicas atuariais e sabe qual é a frequência de roubos de carros em determinada região.

O dever de conhecimento desses riscos inclusive impõe aos profissionais a necessidade – senão o ônus – de se proteger das consequências adversas de sua

12. A distinção é feita por Junqueira de Azevedo, Antonio. Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356).

13. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

14. Seria absurdo supor que um contrato celebrado entre profissionais liberais não seria empresarial – e portanto não estaria sujeito a regramento e interpretação próprios – porque o parágrafo único do artigo 966 considera o exercício de profissões intelectuais, em princípio (não se pode esquecer do enigmático “salvo elemento de empresa”), não empresariais. A necessidade de se definir contratos empresariais sem referência ao artigo 966 revela a – hoje já reconhecida – insuficiência desse artigo para delimitar o objeto do Direito Comercial.

15. Buonocore, Vincenzo. *L'impresa. Trattato di Diritto Commerciale*. Tomo 2.1. Torino: Giappichelli, 2002, p. 138.

ocorrência. É com essa finalidade que contratam seguros (ou resseguros no caso das seguradoras), *hedges* ou investem em novas tecnologias, como, por exemplo, *drones* para monitorar lavouras.

O padrão de conduta que se exige dos profissionais é mais elevado. Nesse contexto, o rol de eventos “extraordinários e imprevisíveis”, capazes de conduzir a uma “onerosidade excessiva”, nos termos da lei, é também mais restrito.

Se os contratos empresariais são aqueles celebrados por profissionais no exercício de suas atividades, a “álea normal” desses contratos é necessariamente diversa da álea de um contrato entre profissional e consumidor, ou de um negócio entre particulares, alheio às respectivas atividades profissionais¹⁶.

Isso porque, no caso de empresários, o risco próprio ao contrato só pode ser definido se consideradas também as áleas das atividades de cada parte. Não que sejam áleas coincidentes – a do contrato, de um lado, e das atividades das partes, de outro – mas elas se vinculam e interrelacionam em contratos de cooperação, como costumam ser os contratos empresariais. Há interdependência entre essas áleas¹⁷.

Não pode o profissional – a pretexto de reequilibrar as prestações contratuais e reconduzir o contrato à sua função econômica ou mesmo extingui-lo, porque perdeu a utilidade – impor à outra parte riscos inerentes à sua própria atividade. É uma escusa que não deve socorrer o empresário, assim como a alegação de lesão por inexperiência para anulação do negócio jurídico¹⁸.

Por essa razão, a resolução ou a revisão contratual por onerosidade excessiva deve

ter aplicação restrita, seletiva e rigorosa nos contratos empresariais¹⁹. Felizmente, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo caminha nesse sentido.

5. A ACERTADA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Entre 2006 e 2011, o Superior Tribunal de Justiça afastou a revisão dos contratos de compra e venda futura de soja verde por onerosidade excessiva em razão da flutuação de preços²⁰. As decisões – que se tornaram precedentes importantes na matéria²¹ – fundaram-se essencialmente na premissa de que a variação do preço de soja é típica nesse mercado e não constitui evento extraordinário e imprevisível. O último dos acórdãos apoia-se também na distinção entre contratos empresariais e civis, para afirmar que profissionais “conhecem o mercado em que atuam” e “sabem que as flutuações seriam possíveis”²².

Entre 2009 e 2013, o mesmo Superior Tribunal afastou os pleitos de revisão de contratos de compra e venda futura de soja, desta vez apoiados na onerosidade excessiva decorrente da ocorrência da praga “ferrugem asiática”²³. Para o Tribunal, pragas na lavoura não se qualificam como eventos imprevisíveis e extraordinários. Ao contrário, inserem-se nos “riscos ordinários” da atividade²⁴.

19. Por oferecer como solução a resolução judicial do contrato ou sua revisão – e, portanto, significar grave intervenção na autonomia privada – trata-se de norma de aplicação excepcional em qualquer contrato. O que se defende aqui é uma aplicação ainda mais rigorosa – e menos frequente – a contratos empresariais.

20. Confira-se: Resp n.º 722.130, julgado em 15.12.2005, Resp n.º 803.481 GO, julgado em 28.06.2007; Resp n.º 809.464 GO, julgado em 10.06.2008; Resp n.º 849.228 GO, julgado em 12.08.2010; AgRg no Resp n.º 1.016.988 GO, julgado em 29.06.2010; e REsp n.º 936.741 GO julgado em 03.11.2011.

21. Sobre o tema, vide Rezende, Christiane Leles; Zylbersztajn, Décio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista de Direito GV*, vol. 7, n.1, São Paulo, jan/jun 2011, p. 155-176.

22. Ementa do REsp n.º 936.741 GO, julgado em 03.11.2011.

23. REsp n.º 977.007 GO, julgado em 24.11.2009; Resp n.º 858.785 / GO, julgado em 03.08.2010; Resp n.º 945.166 GO, julgado em 28.02.2012; e Resp n.º 866.414, julgado em 20.06.2013.

24. Ementa do Resp n.º 945.166 GO, julgado em 28.02.2012.

16. Sobre o papel da qualificação das partes na gradação do risco, vide Zanetti, Cristiano. O risco contratual. In: Ancona Lopes, Teresa; Lemos, Patricia Iglesias, Rodrigues Junior, Otávio Luiz. (Org.). *Sociedade de risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas. Cap. 25, 2013, p. 463-465.

17. A interdependência obviamente admite graus diversos, conforme o contrato, mas é uma característica dos contratos de cooperação. Em um contrato de aliança, ela é mais acentuada que em contrato de corretagem, por exemplo.

18. Como se sabe, o Código Comercial de 1850 excluía a lesão entre comerciantes (art. 220). Embora o artigo tenha sido revogado, tal exclusão ainda prevalece na vigência do Código Civil de 2002, como decorrência do reconhecimento da teoria geral dos contratos empresariais.

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale mencionar – por sua especial atenção às consequências da aplicação dos artigos 478 a 480 entre profissionais – o voto do Ministro relator no Recurso Especial n.º 1.034.702 ES²⁵. Tratava-se de litígio sobre descumprimento de prioridade em contrato de fornecimento de granito. O contratante adiantou recursos e custeou equipamentos para que o contratado pudesse lhe fornecer blocos de granito. Em contrapartida, o fornecedor concedeu ao contratante prioridade na escolha dos blocos e desconto no preço. Ocorre que o fornecedor descumpriu a prioridade e deixou de oferecer os granitos em primeiro lugar ao contratante. Em sua defesa, o fornecedor alegou desequilíbrio econômico do contrato. O ministro relator recusou tal alegação para evitar “que o credor de uma prestação tornada excessivamente onerosa receba, como empresário, ‘uma vantagem concorrencialmente injustificada’ à custa de outra, que sofreria um dano sem nenhuma utilidade funcional ou econômica”.

Em recentes oportunidades, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também reconheceu a aplicação restrita e seletiva da resolução por onerosidade excessiva em contratos empresariais.

Em 2008, referido Tribunal decidiu, em sede cautelar, litígio sobre contrato de compra e venda de energia elétrica, recusando a alegação de que o aumento no preço da energia, supostamente decorrente do fenômeno natural “La Niña” e da escassez de gás natural, justificaria a resolução. Em seu voto, o relator corretamente afirmou “os que atuam neste segmento – comercialização de energia elétrica – detêm todo o conhecimento acerca dos riscos assumidos no mercado”²⁶.

Em outro julgado²⁷, o Tribunal entendeu que a ausência de pagamento pelo Poder Público não era suficiente para ensejar a resolução por onerosidade excessiva do contrato de empreitada para construção de penitenciária, celebrado entre o vencedor da licitação e seu subcontratado. O não pagamento pelo Poder Público – e a consequente impossibilidade de repasse de remuneração pela contratante à subcontratada – é risco conhecido para empresas que atuam no mercado de construção²⁸.

25. Julgado em 15.04.2008.

26. Agravo de Instrumento nº 1169140- 0/2, julgado em 15.09.2008.

27. Apelação nº 992.05.113228-0, julgada em 07 de julho de 2010.

28. Textualmente, nas palavras do relator: “Não se verifica que a vontade da apelante não condizia com aquela expressada à época do acordo, considerando tratar a autora de tradicional sociedade empresária

Ainda mais recentemente, em 2014, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rechaçou a aplicação do artigo 478 do Código Civil a contrato de fornecimento de nitrogênio líquido²⁹. Segundo o contrato, a fornecedora obrigou-se a entregar determinada quantidade de nitrogênio líquido, locar cilindros para acondicionamento do gás e prestar assistência técnica. A contratante, por sua vez, obrigou-se a adquirir a quantidade mínima de nitrogênio, nos cilindros locados, e pagar a respectiva remuneração. Contudo, a contratante não adquiriu a quantidade mínima, o que, nos termos do contrato, faria incidir multa. Diante da recusa no pagamento da multa, o fornecedor ajuizou ação judicial. Em sua defesa, a contratante alegou abuso por parte do fornecedor – ao estabelecer fornecimento mínimo – e desequilíbrio das prestações contratuais, diante das crises econômicas havidas entre 2003 e 2008. O voto do desembargador relator sublinhou que o caráter profissional da atividade do fornecedor obstava o reconhecimento do abuso³⁰ e afastou igualmente o desequilíbrio por ausência de risco extraordinário.

6. CONCLUSÕES

A unificação do direito contratual promovida pelo Código Civil de 2002 não comprometeu a autonomia dos contratos empresariais. Por suas particularidades, esses devem ser interpretados e disciplinados de forma diversa dos contratos existenciais, ainda que a base normativa aplicável a ambos esteja em um único diploma legal.

Embora sejam relativamente poucos os casos decididos pelo Poder Judiciário – o que parece corroborar a impressão generalizada de que os contratos empresariais são cada

desde há muito tempo a atuar no ramo de construção com notória experiência em ajustes de grande porte, logo ciente dos riscos de contratação vinculada ao cumprimento de obrigações pelo Poder Público.”

29. Apelação n.º 0110975-71.2009.8.26.0100, julgada em 29 de abril de 2014.

30. Confira-se: “A previsão contratual de consumo mínimo não representa qualquer abusividade ou fato gerador de enriquecimento ilícito da parte, pois a conduta da fornecedora do produto representa apenas uma estratégia empresarial, consistente na quantidade mínima que compensa economicamente ser fornecida, seguindo as suas necessidades de mercado em busca do lucro (função econômica). A estipulação de quantidades mínimas (volume, gramas etc.) do seu produto a serem oferecidas em forma de “unidades” consubstancia, assim, verdadeira faculdade, possibilitando-se, com isso, o desempenho de suas atividades empresariais, sempre se levando em consideração os gastos e as despesas, de um lado, e o lucro, do outro, intrínsecos ao respectivo negócio. Ademais, as partes celebraram o contrato partindo da premissa de que a Ré necessitaria de uma quantidade mínima mensal do nitrogênio líquido fornecido pelos Autores.”

vez mais submetidos à arbitragem –, a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a aplicação da resolução por onerosidade excessiva a contratos empresariais revela que essa especialidade está longe de ser ignorada nos tribunais.

PARTE VII

CONTRATOS

AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO APÓS O ADVENTO DA "NOVA LEX MERCATORIA"

MARISTELA BASSO

Advogada, Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP (Largo São Francisco), Doutora em Direito Internacional (Ph.D) e Livre-Docente (Pós-Doutora-Post-Ph.D) em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Integra a Lista de Árbitros Brasileiros do Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL e a lista de Painelistas especialistas em propriedade intelectual do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio OMC.

CV completo: <http://lattes.cnpq.br/4385087001848196> e no www.maristelabasso.adv.br.

"Para o Professor Haroldo Verçosa, pelo exemplo de mestre, colega, pesquisador, jurista e árbitro. Os estudiosos brasileiros do direito empresarial não podem beber de outra fonte que não a sua"