

Os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário

Paulo Furtado de Oliveira Filho
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Renata Mota Maciel Madeira Dezem
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. O tratamento conferido aos contratos empresariais; 3. Peculiaridades dos contratos empresariais; 4. Reflexos da interpretação dos contratos empresariais pela jurisprudência; 5. Especialização dos juízes, varas especializadas: solução?; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Os contratos empresariais nem sempre recebem a adequada atenção, sobretudo porque, muitas vezes, são analisados sem que sejam consideradas suas peculiaridades.

A avalanche de relações contratuais levadas ao Poder Judiciário envolvendo direito do consumidor impõe que os magistrados se tornem verdadeiros especialistas no manejo do *Código de Defesa do Consumidor*, enquanto as relações contratuais envolvendo empresários acabam relegadas e, quando levadas aos tribunais, muitas vezes são tratadas sem que seus peculiares vetores de funcionamento sejam considerados.

A situação gera um movimento circular de causa-consequência-causa, ou seja, os contratos empresariais são submetidos ao Poder Judiciário, que os interpreta de forma muitas vezes divorciada do contexto no qual estão inseridos. Como consequência, evita-se que sejam submetidas ao Poder Judiciário questões envolvendo relações contratuais entre empresários, por receio de que sejam equivocadamente interpretadas. O Poder Judiciário, então, deixa de exercer papel fundamental no processo de tomada de decisão, aumentando os custos do contrato.

O objetivo deste artigo é analisar a adequação do tratamento conferido aos contratos empresariais na interpretação pelos tribunais e, ao mesmo tempo, chamar atenção para as peculiaridades desses contratos tanto na formação como na execução, atentando-se para os seus vetores de funcionamento.

Os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pela jurisprudência serão abordados de maneira a reforçar a importância das decisões prolatadas pelos tribunais, pois, muito além de resolver o caso concreto, podem constituir baliza de comportamento para os futuros contratantes, reduzindo os custos do contrato.

Reconhecida a importância da interpretação arguta pelos tribunais, ao final, tentar-se-á apresentar possíveis soluções para implementar o manejo ágil e conectado desses contratos pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, será abordada a pertinência da especialização dos juízes e da criação de varas especializadas.

2. O tratamento conferido aos contratos empresariais

Para compreender os contratos empresariais¹, o primeiro passo é analisar o tratamento que lhe é conferido, inicialmente distinguindo-os dos contratos civis e de consumo e, na sequência, estabelecer as normas aplicáveis.

É preciso lembrar que, antes de 1991, os contratos eram, basicamente, divididos em contratos civis, os quais abarcavam a generalidade dos contratos entre particulares, com exceção dos contratos de trabalho, e contratos mercantis, relacionados à atividade comercial.

A classificação em um ou outro grupo levava em conta a própria delimitação da incidência do direito comercial, a partir da teoria dos atos de comércio ou da teoria da empresa, mais recentemente².

A partir da entrada em vigor do *Código de Defesa do Consumidor*, à classificação entre contratos civis e comerciais é acrescentado mais um regime de direito privado dos contratos: o consumerista³.

Em síntese, hoje se pode falar em contratos que vinculam não empresários, tratados pelo Direito Civil; contratos entre empresários, regulado pelo Direito Empresarial; e contratos entre empresário (fornecedor) e não empresário (consumidor), cuidados pelo Direito do Consumidor.

Por esse quadro, um contrato de compra e venda, por exemplo, pode enquadrar-se como empresarial, civil ou de consumo, a depender do tipo de relação instaurada entre as partes.

A diferença entre um e outro, para além das partes envolvidas (empresário, não empresário, consumidor ou fornecedor), leva em conta a presunção de vulnerabilidade de um contratante perante o outro.

No caso dos contratos civis, parte-se da premissa de que há igualdade entre as partes na formação do negócio jurídico e na estipulação das cláusulas estabelecidas, cabendo a intervenção estatal para resolver eventual desequilíbrio apenas em situações específicas, como lesão, estado de perigo ou onerosidade excessiva.

Nas relações de consumo, por outro lado, fornecedor e consumidor estabelecem relação jurídica que, presumidamente, nasce desigual, na medida em que o último não dispõe de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que adquire, além de, normalmente, se colocar em situação de aderir às condições negociais que lhes são apresentadas pelo fornecedor sem a possibilidade de influenciar nas cláusulas contratuais, contexto que impõe regras pré-estabelecidas, com claro escopo de alcançar o reequilíbrio

¹ Para uma visão mais completa sobre o tema, ver FRADERA, Vera Maria Jacob de; ESTEVEZ, André Fernandes; RAMOS, Ricardo E. (coord.). *Contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2015; FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. *Revista de Direito Mercantil*, v. 151/152, p. 22-46, jan./dez. 2009; e TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

² Como destaca Fabio Ulhoa Coelho: “a compra e venda, nesse contexto, era comercial se inserida na cadeia de circulação de riquezas, incluindo-se nessa categoria o contrato entre o fornecedor de matéria-prima e o industrial, numa ponta, até ao feito pelo varejista com o consumidor, na outra. E eram civis as demais hipóteses de compra e venda, como a de imóveis, a do carro usado etc.” (*Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34).

³ *Ibidem*, p. 34.

da posição contratual do consumidor, como acontece com a previsão de inversão do ônus da prova, nulidades de cláusulas abusivas, dever de informação, entre outros.

Os contratos empresariais, por sua vez, envolvem partes que exercem atividade empresarial e unem-se em uma relação jurídica em função de sua atividade econômica, organizada e com fim lucrativo. Nessa relação, parte-se da presunção de que as partes são dotadas de conhecimentos específicos, que lhes dão condições de negociar as cláusulas do contrato de acordo com os seus interesses, de modo que somente em situações excepcionais haverá quebra da situação paritária encontrada no momento da contratação.

Em razão dessas diferenças fundamentais, afirma Paula Castello Miguel⁴:

Não podem ser vistos e interpretados da mesma forma um contrato de compra e venda de automóvel, firmado entre o proprietário do carro, que utilizava o bem pessoalmente, para outra pessoa que passará a utilizá-lo (contrato civil); o contrato firmado entre a concessionária de carros e a pessoa que o adquire para utilizá-lo (contrato de consumo); e o contrato firmado entre a empresa de locação de veículo e a concessionária de automóveis (contrato interempresarial). Os contratos interempresariais exigem uma visão específica, a visão empresarial, para que sejam compreendidos e interpretados.

A lógica empresarial impõe que o tratamento dado aos contratos empresariais seja específico, mostrando-se premente, como alerta Paula A. Forgioni, “resgatar os contratos comerciais para impedir sua absorção pelo consumerismo e o aviltamento da racionalidade própria ao direito empresarial”⁵.

Acrescenta, ainda, a autora, que talvez a verdadeira dicotomia contratual do século XXI deva centrar-se nos contratos empresariais e nos contratos existenciais, como já destacara Antônio Junqueira de Azevedo, lembrando-se que estão inseridos nos contratos existenciais os de consumo, assim como aqueles pactuados para viabilizar a subsistência da pessoa humana, os contratos de trabalho e de locação residencial⁶.

Reconhecidas as diferenças entre os contratos empresariais e os demais tipos que não envolvem relações jurídicas exclusivamente entre empresários, é preciso lembrar que não há regras específicas positivadas para diferenciar os contratos empresariais dos demais contratos.

Com a entrada em vigor do novo *Código Civil* de 2002, restou revogada a primeira parte do Código Comercial de 1850, que continha regramento especial para os contratos mercantis, tais como a compra e venda mercantil, a locação mercantil, o mútuo mercantil, o depósito mercantil, o mandato mercantil, e outras figuras contratuais tipicamente utilizadas pelos comerciantes.

O novo *Código Civil*, embora contenha livro próprio tratando do Direito de Empresa, não disciplina de maneira específica os contratos empresariais, mas os contratos em geral, como os contratos de compra e venda, locação, mútuo, depósito, mandato e outras figuras contratuais, os quais o empresário utiliza para o exercício de sua atividade

⁴ *Contratos entre empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 68.

⁵ *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 39, grifo da autora.

⁶ *Ibidem*, p. 40.

empresarial, ao lado de contratos empresariais que têm tratamento em leis especiais, como a Lei n. 4.886/1965, a Lei n. 6.729/1979, a Lei n. 8.955/1994 e a Lei n. 8.245/1991, que disciplinam, respectivamente, a representação comercial, a concessão mercantil, a franquia e a locação comercial.

As regras dos contratos em espécie são utilizadas como alicerce para a interpretação dos contratos empresariais, desde que observem a condição específica desses contratos, os quais não se confundem com os contratos civis ou consumeristas.

Como será abordado a seguir, há uma lógica própria para os contratos empresariais que não pode ser olvidada.

Essa afirmação remete à grande celeuma que envolve a aplicação do *Código de Defesa do Consumidor* aos contratos empresariais, quando a experiência demonstra que o poder negocial de alguns empresários é muito superior ao de outros, e que tal desigualdade pode influir na contratação interempresarial, momento em que se buscam instrumentos para resolver essa assimetria.

Nesses casos, Fábio Ulhoa Coelho defende a aplicação analógica do *Código de Defesa do Consumidor* ao empresário vulnerável:

Um empresário pode entrar, numa negociação com outro, em posição de vulnerabilidade, tal como os consumidores se encontram nas relações com os fornecedores. A analogia dessas situações e o menor grau de proteção dos contratantes débeis no Código Civil justificam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na tutela contratual do empresário vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça, nesse mesmo sentido, no REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, concluiu pela aplicação do *Código de Defesa do Consumidor*, cumprindo ao empresário o ônus da prova de demonstrar que, no caso concreto, apresentava-se em situação de vulnerabilidade técnica (não detinha conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), vulnerabilidade jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo), vulnerabilidade fática (em desigualdade econômica, física ou psicológica) ou vulnerabilidade informacional (ausência de informações sobre o produto ou serviços que afetou a relação de consumo)⁷.

⁷ Segue ementa do referido julgado: “CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica

Em outras situações, o STJ também aplicou aos contratos empresariais as normas protetivas do CDC: a) caminhoneiro adquirente de caminhão para exercício de profissão de transportador autônomo (REsp 716.877/SP); b) taxista adquirente de veículo que celebra financiamento bancário (REsp 23.208); c) sociedade que celebrou contrato de prestação de serviços de treinamento, implantação e manutenção de software (AgRG no AREsp 837.871/SP); d) transportadora que contrata seguro para sua frota de veículos (REsp 1.176.019/RS).

Respeitado esse entendimento, acredita-se não ser necessária a aplicação do microsistema consumerista para resolver problemas de assimetria entre empresários, porque a lógica empresarial já apresenta ferramentas para resolvê-las, sem a necessidade do uso da analogia, sobretudo porque as relações de consumo são diametralmente opostas às interempresariais.

A propósito, pode-se, também, questionar tal sujeição às normas protetivas do *Código de Defesa do Consumidor*, ainda que apenas às situações em que um dos empresários comprove sua vulnerabilidade, até mesmo pela disciplina contratual prevista no *Código Civil*.

As normas contidas nos artigos 421 a 425 do CC, nesse aspecto, contêm importantes princípios aplicáveis aos contratos, como a liberdade de contratar, a função social⁸, a boa-fé objetiva, a interpretação em favor do aderente se presentes cláusulas ambíguas ou contraditórias em contrato de adesão, a nulidade de cláusulas de renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, bem como a liberdade de celebração de contratos atípicos.

O art. 113 do *Código Civil* estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Como se vê, o próprio *Código Civil* tutela a função econômica dos contratos que servem aos empresários no exercício de sua atividade, exige o cumprimento de deveres compatíveis com as legítimas expectativas dos contratantes, enuncia os usos e costumes como pauta de interpretação e impede, em contrato de adesão, a supressão de obrigações inerentes à finalidade do contrato.

do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1195642/RJ. Relatora: Min. Nancy Andriighi. 3ª Turma. Julgado em 13 nov. 2012. DJe: 21 nov. 2012).

⁸ Sobre a função social do contrato, ver GODOY, Claudio Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2012; e GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Diante disso, pode-se concluir ser perfeitamente possível, mediante a aplicação do *Código Civil* e da sistemática do direito comercial, preservar a lógica econômica que rege os contratos empresariais⁹, bem como dar tratamento protetivo ao empresário vulnerável, sem necessidade de recurso ao *Código de Defesa do Consumidor*.

Na I Jornada de Direito Comercial, o tema foi debatido, concluindo-se pela edição do Enunciado 20, nos seguintes termos:

*Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços*¹⁰.

Sobre o tema, o Projeto de Lei de Código Comercial (PLCCom)¹¹, dispõe nos artigos 298, 303, 306 e 313 sobre regras específicas a solucionar a questão da vulnerabilidade em contratos empresariais:

<citação>

Art. 298. No que não for regulado por este Código, aplica-se aos contratos empresariais o Código Civil.

Parágrafo Único – O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos empresariais.

Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial:

(...)

III – proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas;

Art. 306. A proteção que este Código libera ao contratante economicamente mais fraco, nas relações contratuais assimétricas, não pode ser estendida para preservá-lo das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas de suas decisões na condução da empresa.

§ 1º A assimetria das relações contratuais entre empresários será considerada pelo juiz em razão direta da dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro.

§ 2º Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação.

Art. 313. Se uma das partes for microempresário ou empresário de pequeno porte, e a outra não, esta se perceber que, no curso das negociações, a carência de informações está comprometendo a qualidade das decisões daquela, deverá fazer alertas esclarecedores que contribuam para neutralização da assimetria.

⁹ Sobre o tema, ver DE LY, Filip. Commercial law as a refuge from contract law: a comparative and uniform law perspective. *Wayne L. Rev.*, v. 45, p. 1825, [1999 e 2000]; PHILLIPS, John. Protecting those in a disadvantageous negotiating position: unconscionable bargains as a unifying doctrine. *Wake Forest L. Rev.*, v. 45, p. 837, 2010; e TAYLOR, John A. Commercial and contract law. *Wayne L. Rev.*, v. 54, p. 85, 2008.

¹⁰ Disponível em: <http://bit.ly/2l33Eh2>. Acesso em: 5 mar. 2017.

¹¹ Sobre o tema, ver COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O STJ, em inúmeros julgados, decidiu pela não incidência do CDC a contrato celebrado por empresário: a) serviço de telefonia contratado por loja de veículo (REsp. 1.195.642/RJ); b) franquia com cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, porém não demonstrada a dificuldade de acesso à justiça (REsp. 930.875/MT); c) contrato de fornecimento de gás, como insumo dos produtos manufaturados (REsp. 932.557/SP); d) compra de adubo por grande produtor rural (REsp. 914.384/MT); e) aquisição de insumos agrícolas: 100 toneladas de adubo (REsp 1.016.458/RS); f) contrato de concessão de crédito destinado a capital de giro (AI n. 900.653/PR); g) compra de maquinário (retroescavadeira adquirida por empresa de construção civil – REsp. 863.895/PR)¹².

Como se viu, a autonomia dos contratos empresariais deve ser reconhecida e incentivada, até porque, como acentua Paula A. Forgioni¹³:

As interações e iterações que acontecem no mercado hão de ser agrupadas segundo os sujeitos que delas participam, pois é em virtude deles que as relações jurídicas acomodam-se em torno de princípios comuns. Ou seja, na ordem jurídica do mercado, as relações são disciplinadas de acordo com o “status” das partes.

O Projeto de Código Comercial, por sua vez, prevê uma definição para contratos empresariais, conforme artigo 297 e, mesmo nesse conceito, vê-se claramente a qualidade de empresários das partes da relação jurídica como determinante para sua qualificação:

*Art. 297. É empresarial o contrato quando forem empresários os contratantes e a função econômica do negócio jurídico estiver relacionada à exploração de atividade empresarial.
Parágrafo único. Não descaracteriza o contrato como empresarial a participação de coobrigados não empresários.*

Portanto, o traço distintivo entre os contratos empresariais e civis é o fato de serem celebrados por empresários, em função de sua atividade empresarial, ainda que sejam utilizadas as regras do *Código Civil* constantes da parte geral dos contratos ou, no futuro, regras específicas previstas em um Código Comercial.

¹² Nesse sentido, veja-se a seguinte ementa: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo. 2. A aplicação do direito ao caso concreto, ainda que com fundamentos jurídicos diversos, não caracteriza julgamento extra petita. 3. Pela teoria finalista, só pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 4. A jurisprudência do STJ admite a flexibilização da teoria finalista, em caráter excepcional, desde que demonstrada situação de vulnerabilidade de uma das partes, o que não se vislumbra no caso dos autos. 5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do *Código Civil*, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena. 6. São válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente. 7. Recurso especial provido” (REsp 1203109/MG. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgado em 5 maio 2015. DJe: 11 maio 2015).

¹³ FORGIONI, op. cit, p. 46.

Evidentemente, a leitura que se deve dar a esses contratos levará em conta a racionalidade da atividade empresarial, sem o que não será possível conferir tratamento adequado e conectado com a realidade do mercado.

3. Peculiaridades dos contratos empresariais

Os contratos empresariais, para além da teoria geral dos contratos, devem ser analisados a partir de um alicerce muito claro, qual seja, suas peculiaridades, desde a formação da relação contratual até sua execução, o que pode ser feito com segurança por meio dos vetores de funcionamento desses contratos¹⁴, essenciais na busca do reconhecimento dessas peculiaridades como meio de interpretação dessas relações, extraíndo-se o resultado mais eficiente aos próprios contratantes e ao mercado em geral.

O primeiro traço marcante dos contratos empresariais é o escopo de lucro em ambos os polos da relação contratual. Não há atividade empresarial sem lucro, o que parece óbvio, mas muitas vezes não é devidamente valorado na interpretação dos contratos entre empresários.

O exemplo mais singelo a confirmar a afirmação acima pode ser encontrado ao se confrontar uma situação envolvendo alegação de prejuízo causado a uma das partes em detrimento do lucro obtido pela outra, em relação contratual firmada a partir de cláusulas estabelecidas de comum acordo.

Lucro e prejuízo são faces da mesma moeda, não se podendo olvidar que, nas relações empresariais, o lucro é aplaudido enquanto o prejuízo é punido, ao passo que, no contexto empresarial, nada há de errado com essa dura realidade.

Evidentemente, situações de assimetria anormal devem ser resolvidas, sem nenhuma dúvida, embora se reconheça que, na maioria das vezes, lucro e prejuízo são decorrência da diuturna atividade do empresário, razão pela qual a ingerência estatal, por meio de decisões judiciais com clara intenção de reequilibrar relações não desiguais, pode não ser recomendável, daí a importância da compreensão dessa peculiaridade dos contratos empresariais.

Nesse sentido, como destaca Paula A. Forgioni¹⁵,

o diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados.

¹⁴ Paula A. Forgioni, em sua obra *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação* (op. cit., p. 109 e ss.), apresenta, de forma magistral, pelo menos 27 vetores de funcionamento dos contratos empresariais, rol certamente exemplificativo, mas imprescindível para qualquer exercício de análise de um contrato empresarial de forma conectada com a realidade que cerca as relações interempresariais.

¹⁵ Op. cit., p. 40.

Dizemos que a “natureza e o espírito do contrato” comercial são condicionados pela “vontade comum” das partes, direcionada que é pelo escopo de lucro que grava cada uma delas.

Ao lado do lucro, há outras tantas diretrizes de funcionamento que levam os empresários a pactuarem relações jurídicas entre si, todas calcadas na própria lógica de funcionamento dos mercados e do sistema do direito comercial.

Não há espaço, neste breve estudo, para aprofundar a análise de cada uma dessas diretrizes, as quais não são estáticas, mas, ao contrário, moldam-se de acordo com o desenvolvimento da atividade empresarial e o comportamento dos mercados.

De qualquer modo, mostra-se útil elencar o rol de vetores de funcionamento dos contratos empresariais apresentado por Paula A. Forgioni, norte fundamental na busca de uma adequada interpretação desses contratos¹⁶:

1- 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 econômica¹⁷.

2- Pacta sunt servanda: A força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas¹⁸.

3- 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 determinações¹⁹.

4- O norte do contrato – sua função econômica: As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, ou seja, ao se vincularem, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica²⁰.

5- Segurança e previsibilidade: Os contratos empresariais somente podem existir em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas²¹.

6- 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”²².

7- 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 econômicas²³.

¹⁶ *Ibidem*, p. 109-177.

¹⁷ *Ibidem*, p. 110.

¹⁸ *Ibidem*, p. 111.

¹⁹ *Ibidem*, p. 112.

²⁰ *Ibidem*, p. 117.

²¹ *Ibidem*, p. 119.

²² *Ibidem*, p. 120.

²³ *Ibidem*, p. 123.

8- *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*²⁴.

9- *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*²⁵.

10- *Globalização e usos e costumes: As práticas contratuais tendem a uniformizar-se, em processo acelerado nos últimos anos pela globalização*²⁶.

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*²⁷.

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 lhe apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado*²⁸.

13- *Contrato como instrumento de alocação de riscos: O contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos inerentes à atividade econômica. O ordenamento jurídico distingue e atribui disciplina diversa ao risco normal dos contratos e ao risco extraordinário*²⁹.

14- *Contrato e erro (jogada equivocada do agente econômico): O agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões; a possibilidade de erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais*³⁰.

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 mais interessante*³¹.

²⁴ Ibidem, p. 132.

²⁵ Ibidem, p. 135.

²⁶ Ibidem, p. 140.

²⁷ Ibidem, p. 142.

²⁸ Ibidem, p. 146.

²⁹ Ibidem, p. 146.

³⁰ Ibidem, p. 149.

³¹ Ibidem, p. 151.

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 limitada³².

17- *Incompletude contratual*: Os contratos não contêm – e não podem mesmo conter – a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes³³.

18- *Desvio de pontos controvertidos*: Por vezes, para não obstar a realização do negócio, as partes deliberadamente evitam tratar de questões que geram desconforto³⁴.

19- *Ambiente institucional*: O negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar³⁵.

20- *Tutela do crédito*: A disciplina dos contratos empresariais prestigia a tutela do crédito³⁶.

21- *Egoísmo do agente econômico*: A empresa perseguirá antes seu próprio interesse do que aquele do parceiro comercial³⁷.

22- *Forma nos contratos empresariais*: No direito comercial, a forma assumida pelos negócios é instrumental ao bom fluxo de relações econômicas³⁸.

23- *Contratos 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 econômicas³⁹.

24- *Informação e oportunismo (relação “principal/agente”)*: A empresa tende a utilizar a informação que detém em proveito próprio, e não naquele da contraparte⁴⁰.

25- *Modificação do comportamento pós-contratual (moral hazard)*: A celebração do contrato pode levar à alteração do comportamento de uma parte, em detrimento da outra⁴¹.

26- *Aumento da dependência econômica pelo contrato*: O contrato pode levar ao aumento do grau de dependência econômica das partes⁴².

27- *“Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”*: Os agentes econômicos têm ciência de que o caminho até a obtenção da decisão judicial ou arbitral costuma ser longo e custoso (...) 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 negociações⁴³.

³² Ibidem, p. 152.

³³ Ibidem, p. 155.

³⁴ Ibidem, p. 156.

³⁵ Ibidem, p. 157.

³⁶ Ibidem, p. 159.

³⁷ Ibidem, p. 160.

³⁸ Ibidem, p. 162.

³⁹ Ibidem, p. 163.

⁴⁰ Ibidem, p. 166.

⁴¹ Ibidem, p. 167.

⁴² Ibidem, p. 168.

⁴³ Ibidem, p. 170-171.

Além das peculiaridades dos contratos empresariais acima elencadas, outro ponto relevante para melhor interpretá-los é o estudo do direito aplicável a partir de noções econômicas, encontradas na chamada Análise Econômica do Direito⁴⁴.

Para esse mister, parte-se da ideia de que a ciência econômica está calcada nos princípios da escolha racional ou maximização, do equilíbrio e da eficiência, os quais servem de premissa para a Análise Econômica do Direito⁴⁵.

Por esse quadro, a atuação estatal deve ser relegada a situações pontuais e específicas como forma de corrigir falhas do mercado para a obtenção de um ambiente econômico, como se falhas não existissem⁴⁶.

Assim, o método clássico de análise jurídica, a partir da verificação exclusiva do prejuízo experimentado pela parte, pode não ser suficiente ou mesmo adequado, sobretudo porque, como visto, constitui peculiaridade dos contratos empresariais a busca recíproca pelo lucro e o fato de que o agente econômico pode equivocar-se em suas jogadas e previsões, constituindo a possibilidade de erro fundamental aspecto para o funcionamento do sistema.

Além disso, o prejuízo deve ser visto como desdobramento da peculiaridade de que os contratos empresariais buscam a alocação dos riscos inerentes à atividade econômica⁴⁷.

Portanto, é preciso alargar a visão para além dos prejuízos sofridos por uma das partes, considerando-se, então, eventuais prejuízos mútuos assim como os custos e benefícios das partes envolvidas no contrato, com o escopo de facilitar a contratação entre os agentes econômicos, proporcionando segurança e previsibilidade⁴⁸.

Como se vê, para entender os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário, não há como fugir da necessária compreensão de suas peculiaridades, sob pena de os interpretar de maneira totalmente divorciada da realidade na qual estão inseridos e, o que é mais grave, da lógica econômica envolvida na relação contratual interempresarial em análise.

4. Reflexos da interpretação dos contratos empresariais pela jurisprudência

A interpretação dos contratos empresariais pelos tribunais⁴⁹ deve observar as peculiaridades tanto na formação como na execução, ao lado dos próprios vetores de funcionamento desses contratos.

⁴⁴ De maneira bastante sintética, essa teoria teve início nos trabalhos elaborados por Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, e caracteriza-se, como destaca Alejandro Bugallo Alvarez: “pela aplicação da teoria econômica na explicação do direito, especificamente pela aplicação das teorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica, em geral, e de um de seus ramos desenvolvidos neste século, a Economia do bem-estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas” (BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. 2006. p. 52. Disponível em: <http://bit.ly/2m6Er5D>. Acesso em: 15 ago. 2015).

⁴⁵ Cf. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 91.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁷ Sobre o tema, ver POSNER, Richard A. The law and economics of contract interpretation. *Texas Law Review*, v. 83, p. 1581, 2004.

⁴⁸ Cf. FORGIONI, Paula A. *Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, p. 35-61, maio/jun. 2006.

⁴⁹ Sobre o tema, ver BERLAND, Carla Turczyn. *A intervenção do juiz nos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; e VINCENZI, Marcelo. *Interpretação do contrato: ponderação dos interesses e solução de conflitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Não se pode perder de vista que muitas questões são omitidas no contrato, de maneira proposital, mesmo porque algumas eventualidades e detalhes são difíceis de prever ou descrever com antecedência, e deixá-los de fora economiza tempo⁵⁰.

Assim, a incompletude do contrato⁵¹ na seara empresarial não pode ter a mesma consequência daquela encontrada nas relações de consumo, do mesmo modo que a existência de superioridade econômica ou mesmo técnica por um dos contratantes não impõe a automática tutela do “hipossuficiente”, ao menos não nos moldes preconizados na doutrina consumerista.

Como já mencionado, os contratos empresariais devem receber tratamento diferente daquele conferido aos contratos civis e aos de consumo. A autonomia da vontade ganha contornos que não podem sofrer relativização automática e pouco refletida, mesmo porque, como destaca Paula Andrea Forgioni, “o funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados”⁵².

Portanto, é possível reconhecer que o controle judicial sobre cláusulas abusivas em contratos empresariais seja mais restrito do que se verifica em outros ramos do Direito Privado⁵³, até mesmo como mecanismo para evitar o natural oportunismo dos agentes econômicos⁵⁴.

Evidentemente, o agente econômico preferiria permanecer livre para se desvincular da relação contratual a qualquer tempo, e a insegurança jurídica gerada pela relativização da autonomia privada, nesse aspecto, seria prejudicial, com reflexos não apenas no caso concreto posto em julgamento, mas no comportamento de futuros contratantes, a partir da sedimentação de uma jurisprudência que adotasse posicionamento nesse sentido.

Se, por um lado, busca-se evitar comportamentos oportunistas do agente econômico, não se pode desconsiderar que muitos contratos têm como alicerce relações de típica

⁵⁰ Cf. SHAVELL, Steven. On the writing and the interpretation of contracts. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 22, n. 2, 2006. p. 289. doi: 10.1093/jleo/ewj017. Disponível em: <http://bit.ly/2m7WKHL>. Acesso em: 5 maio 2016.

⁵¹ Sobre a incompletude contratual, ver ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo. *Incomplete contracts and complexity costs*. 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2mavOXW>. Acesso em: 10 mar. 2016; ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo; POSTLEWAITE, Andrew. Courts of law and unforeseen contingencies. *JLEO*, v. 23, n. 3, p. 662-684, 2007. doi: 10.1093/jleo/ewm017; e BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵² FORGIONI, 2015, p. 112.

⁵³ A questão já foi tratada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme seguinte ementa: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE (“PACTA SUNT SERVANDA”) E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS (“INTER ALIOS ACTA”). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro. 2. 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. 3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO” (REsp 1409849/PR. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. 3ª Turma. Julgado em: 26 abr. 2016. DJe: 5 maio 2016).

⁵⁴ Nesse sentido, como destaca Paula A. Forgioni: “Partindo dessa premissa, compreende-se a importância sistêmica da força vinculante dos contratos, pois, 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 freia o natural oportunismo dos agentes econômicos” (2015. p. 111).

dependência econômica⁵⁵. O fato é que essa dependência foi voluntariamente aceita

⁵⁵ A questão foi analisada pelo STJ, no seguinte precedente: “RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DESTINADA A REPARAR OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA EXTINÇÃO DO CONTRATO VERBAL DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS (CONCESSÃO COMERCIAL) ESTABELECIDO ENTRE AS PARTES DURANTE QUASE DUAS DÉCADAS. CONDENAÇÃO, TRANSITADA EM JULGADO, DA FORNECEDORA A RESTITUIR AO DISTRIBUIDOR, DENTRE OUTROS, OS VALORES DISCRIMINADOS NAS NOTAS FISCAIS DE COMPRA E VENDA, SOB A RUBRICA ‘FRETES’. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO QUE PRECONIZAM A BOA-FÉ CONTRATUAL E A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VERIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA. NECESSIDADE. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. 2. ERRO DE FATO. CONCEITUAÇÃO PARA EFEITO DE RESCINDIBILIDADE DO JULGADO. 3. CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL. PACTO DE COLABORAÇÃO. AJUSTE REALIZADO ENTRE PROFISSIONAIS, COM AUTONOMIA JURÍDICA E LIBERDADE PARA CONTRATAR. 4. DESCONSIDERAÇÃO DE FATOS EXISTENTES (RELACIONADOS À NATUREZA, ÀS CARACTERÍSTICAS, AO OBJETO E À FINALIDADE DO AJUSTE) E ADMISSÃO DE FATOS INEXISTENTES (PREJUÍZO DO DISTRIBUIDOR). VERIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL DA FORNECEDORA PROVIDO; INSURGÊNCIA RECURSAL DO DISTRIBUIDOR PREJUDICADA. 1. O Tribunal de origem, ao julgar improcedente a ação rescisória, considerou que o acórdão rescindendo conferiu pronunciamento judicial suficiente à causa, na medida em que reconheceu o dever do fornecedor de restituir ao distribuidor os valores cobrados a título de fretes, constantes nas notas fiscais de aquisição das mercadorias, ante a constatação de que quem fazia o transporte era justamente o distribuidor. Segundo o entendimento adotado, o enfrentamento da questão na ação rescindenda evidencia o descabido propósito inserto na ação rescisória de, em verdade, reexaminar as questões de fato e provas devidamente analisadas na ação indenizatória. Este entendimento – ainda que não se revele correto –, não encerra, a toda evidência, negativa de prestação jurisdicional. 2. Na esteira da sedimentada jurisprudência desta Corte de Justiça e de autorizada doutrina nacional sobre o tema, o erro de fato que confere lastro à rescisão de um julgado pressupõe que a sentença rescindenda admita um fato inexistente ou considere inexistente um fato efetivamente ocorrido, essencial ao deslinde da causa, sendo indispensável, em qualquer dos casos, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial a esse respeito. 3. No contrato de distribuição (concessão comercial), concebido, inegavelmente, como um destacado pacto de colaboração (destinando-se a conferir maior efetividade à cadeia de consumo dos produtos fabricados pela concedente, tornando ainda mais viável a atividade econômica desenvolvida pela fabricante), o distribuidor desempenha relevante função, consistente na efetiva aquisição – e não na mera intermediação, ressalta-se –, das mercadorias produzidas pela fabricante com a exclusiva finalidade de, numa determinada localidade, revendê-las, extraíndo-se daí (da diferença entre o valor da compra e o obtido com a revenda) sua margem de lucro. 3.1 Trata-se de contrato celebrado entre empresários, a fim de dar consecução a operações comerciais de compra e venda, para posterior revenda, a viabilizar o desenvolvimento da atividade econômica empreendida por cada contratante. Deve-se, pois, peremptoriamente, afastar a ideia de hipossuficiência do distribuidor (concessionário), ou mesmo de dependência jurídica deste em relação ao fabricante (concedente). O que há, nessa relação contratual, na verdade, é um justificado e, portanto, legítimo poder de controle exercido pela fornecedora quanto à atividade desempenhada pelo distribuidor, a considerar o seu envolvimento direto com a clientela, a imagem e a marca daquela, com repercussão no próprio êxito de seu negócio. Tampouco a existência de dependência econômica, inegavelmente ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das inter-relações empresariais, encerra desequilíbrio contratual. 3.2 Infere-se, no ponto, a adoção, pelo Tribunal de origem, de premissa fática absolutamente inexistente, ao assentar que o distribuidor não teria alternativa ao ajustar o valor da compra dos produtos da fornecedora, no que estaria indevidamente inserido o custo pelo frete. Tal compreensão, além de desconsiderar a aludida liberdade de contratação, própria das relações empresariais, afasta-se, sobremaneira, do próprio objeto efetivamente ajustado pelas partes (compra e venda, para revenda), no que, é certo, não se insere o serviço de transporte. 3.3 A partir do momento em que o distribuidor/comprador adquire as mercadorias produzidas pela fabricante, com a efetiva tradição (ocasião em que o vendedor não mais se responsabiliza pela higidez da coisa vendida), cabe a ele (distribuidor) enviar todos os esforços necessários para concretizar a revenda, valendo-se, para tanto, de sua expertise e de sua estrutura empresarial, no que se insere, naturalmente, o transporte de tais mercadorias. Portanto, a obrigação do distribuidor cinge-se a pagar o preço pela aquisição da mercadoria, para posteriormente revenda, em observância aos comandos do fornecedor. 3.4 Na hipótese dos autos, era, e sempre foi, consabido pelas partes contratantes, em especial pelo próprio distribuidor, que o valor por ele despendido, independente da discriminação inserta na nota fiscal da correlata operação (de compra e venda, ressalta-se), consubstanciava o preço pela aquisição da mercadoria. E, de acordo com a própria dinâmica do contrato de distribuição, os gastos com a aquisição da mercadoria efetuados pelo distribuidor, assim como os da revenda são naturalmente repassados aos setores varejistas ou atacadistas, extraíndo-se dessa operação, como assinalado, a sua margem de lucro, e não de prejuízo. Eventual discriminação de serviços nas notas fiscais, especificamente aquela sob a rubrica de frete (pairando a discussão, inclusive, se este seria o valor cobrado pela carga e descarga feita nos caminhões do distribuidor), com o questionável propósito de fazer incidir menor carga tributária à operação, a beneficiar os contratantes, de parte à parte, não tem o condão de modificar o objeto do contrato efetivamente estabelecido entre as partes, qual seja o de compra e venda, para a revenda. 3.5 A pretensão do distribuidor, após a extinção do contrato, de reaver parte dos valores expendidos pela aquisição dos produtos (e não por qualquer outro serviço, que, é certo, refugiria dos limites ajustados), consubstancia comportamento absolutamente contrário ao proceder contratual adotado por este, durante os quase vinte anos de relação, a revelar verdadeiro *venire contra factum proprium*, vertente do princípio da boa-fé objetiva, norteador da relação contratual como um todo (antes, durante e após a sua execução). 4. Ressai evidenciado, assim, que o Tribunal de origem, ao reconhecer o dever do fornecedor de indenizar o distribuidor por valores que compuseram o preço pago pela mercadoria adquirida, a

pelos contratantes e, o que é mais importante, as consequências da perda de liberdade foram previamente ponderadas pela parte dependente⁵⁶.

Na mesma linha, a dependência pode surgir no curso da execução do contrato, principalmente quando envolve investimentos específicos e de alto custo, tornando uma das partes, normalmente aquela que investiu, altamente dependente, na medida em que a rescisão do contrato lhe causaria grandes perdas.

Para essas situações, o *Código Civil* apresenta possibilidade de solução, por meio das regras sobre rescisão unilateral, conforme artigo 473 do *Código Civil*, hipótese que acaba por incentivar o tráfico mercantil, ao coibir a exploração oportunista da dependência gerada pelo negócio⁵⁷.

Por outro lado, o reconhecimento da existência de eventual dependência econômica, em algumas relações contratuais entre empresários, e da forma como tratá-la, permite refletir sobre a própria noção de hipossuficiência de uma das partes na relação contratual. O mesmo acontece nos contratos relacionais, os quais guardam certa carga de dependência entre os contratantes, conforme será abordado a seguir.

Os esforços para equilibrar a relação contratual podem ser encontrados não apenas no microsistema de defesa do consumidor, mas em outros tantos dispositivos do *Código Civil*⁵⁸ e da legislação esparsa. Por isso, reforça-se o que foi mencionado anteriormente, no sentido de que a aplicação do *Código de Defesa do Consumidor* às relações entre empresários merece cautela.

A exceção de insegurança, prevista no artigo 477 do *Código Civil*, permite o retardamento de sua prestação, nos casos de alterações patrimoniais consideráveis, claramente aplicável aos contratos empresariais⁵⁹.

um só momento, desconsiderou fatos existentes, incontroversos e absolutamente relevantes ao deslinde da controvérsia, relacionados ao objeto, à dinâmica, à natureza e à própria finalidade do contrato de distribuição, bem como admitiu fato inexistente, consistente na presunção de prejuízo do distribuidor, propiciando-lhe, desse modo, verdadeiro enriquecimento sem causa. 5. Recurso especial da Fornecedora provido, para julgar procedente a ação rescisória e desconstituir, em parte, o julgado rescindendo; Recurso especial do Distribuidor prejudicado” (REsp 1403272/RS. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgado em: 10 mar. 2015. DJe: 18 mar. 2015).

⁵⁶ Nesse sentido, ver FORGIONI, 2015, p. 170.

⁵⁷ Nesse sentido, ver FORGIONI, 2015, p. 170.

⁵⁸ Os artigos 473, 477 e 478 do *Código Civil* são exemplos.

⁵⁹ Houve aplicação da exceção de insegurança a contrato empresarial no seguinte precedente: “DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MATÉRIA-PRIMA. REDUÇÃO DO VOLUME. PROBLEMAS DE PRODUÇÃO. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. RISCO DO EMPREENDIMENTO. INADIMPLENTO PRETÉRITO DA CONTRATANTE. REDUÇÃO DO VOLUME DOS PRODUTOS, DOS PRAZOS DE PAGAMENTO E DO CRÉDITO. CABIMENTO. PROVIDÊNCIA CONSENTÂNEA COM A PRINCÍPIOLOGIA DA EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. DANO HIPOTÉTICO. CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. O cerne da controvérsia consiste em investigar a possível ilicitude praticada pela ora recorrente no tocante à limitação do fornecimento de matéria-prima à recorrida, limitação essa acompanhada de redução de seu crédito e diminuição dos prazos de pagamento, tudo isso após cerca de um ano do início da relação negocial, a qual, essencialmente, se manteve de forma verbal. 2. Ficou claro da moldura fática dos autos que as partes firmaram contrato em meados de 1996 e que em agosto de 1997 houve uma redução do volume de produtos fornecidos pela recorrente à recorrida, tudo isso em razão de problemas operacionais, sendo que havia acordo verbal de fornecimento em volume superior. Com efeito, não se trata de relação contratual de longa duração, na qual os costumes comerciais têm aptidão de gerar a legítima expectativa em um contratante de que o outro se comportará de forma previsível. 3. Em boa verdade, em se tratando de problemas de produção, tem-se situação absolutamente previsível para ambos os contratantes, de modo que a redução no fornecimento de produtos, nessa situação, não revela nenhuma conduta ilícita por parte do fornecedor. A controvérsia comercial subjacente aos autos insere-se no risco do empreendimento, o qual não pode ser transferido de um contratante para o outro, notadamente em contratos ainda em fase de amadurecimento, como no caso. 4. Quanto à redução do fornecimento e do crédito posteriormente ao inadimplemento da recorrida, outra providência não se esperava da recorrente. Não se pode impor a um dos contratantes que mantenha as condições avençadas verbalmente quando, de fato, a relação de confiabilidade entre as partes se alterou. Era lícito, portanto, que a contratada reduzisse o volume de

A teoria da imprevisão, prevista no artigo 478 do *Código Civil*, por sua vez, não pode ser aplicada sem a consideração de que a redução do lucro do empresário não significa, necessariamente, onerosidade excessiva, mas decorre do próprio risco do negócio⁶⁰.

A propósito, o Enunciado n. 366 da IV Jornada de Direito Comercial dispõe que “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”⁶¹, em um claro indicativo de que, nos contratos empresariais, o risco normal do negócio e o eventual prejuízo, não pode ser considerado como extraordinário, porque estão compreendidos na própria essência da atividade empresária.

É muito importante a compreensão de que o que governa as partes é a interpretação dada ao contrato, e não o contrato escrito em si⁶².

Por isso, os reflexos da interpretação dada pelos tribunais são relevantes e sugerem o próprio comportamento das partes contratantes, inserindo-se como verdadeiro custo do contrato.

A intervenção indevida sobre o acordo de vontade firmado racionalmente pelas partes deve ser evitada, porque normalmente se desconecta das razões econômicas que levaram àquela relação contratual.

Não raras vezes, as partes invocam critérios de irracionalidade ou de próprio juízo, de ofício, os utiliza sob o manto de “aplicação de princípios”. Ocorre que princípios, positivados ou não, guardam relação lógica com o sistema no qual estão inseridos, razão pela qual sua aplicação não pode, em nenhuma hipótese, contradizer a própria essência do sistema.

produto fornecido e modificasse as condições de crédito e de pagamento, diante do inadimplemento pretérito da contratante, prevendo-se de prejuízo maior. 5. Mutatis mutandis, tal providência é consentânea com a principiologia do que no direito privado ficou consagrado como exceção de insegurança, prevista hoje no art. 477 do *Código Civil* (correspondente ao art. 1.092 do CC/1916 e, em parte, ao que dispunha o art. 198 do Código Comercial). “A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual” (Enunciado n. 438 da V Jornada de Direito Civil CJP/STJ). 6. Assim, no caso de inadimplemento do contratante – circunstância que sugere, realmente, alteração de solvabilidade de uma das partes –, se era lícito ao outro reter sua prestação, era-lhe igualmente lícito reduzir o volume dos produtos vendidos, dos prazos de pagamento e do crédito, na esteira do adágio de que quem pode o mais pode o menos. 7. De resto, em ação de responsabilidade civil subjetiva, é incumbência do autor, ainda no processo de conhecimento, demonstrar a ocorrência do dano, a conduta ilícita da ré e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e o resultado lesivo, relegando-se à fase de liquidação apenas o *quantum debeatur*. A despeito de o julgador poder valer-se de seu livre convencimento motivado, descabe condenar o réu à indenização por um dano hipotético, sem a comprovação da existência do prejuízo e do nexo de causalidade. 8. Recurso especial provido” (REsp 1279188/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgado em: 16 abr. 2015. DJe: 18 jun. 2015).

⁶⁰ Atento a esse vetor de funcionamento, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o *Código Civil* de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. 5. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 936.741/GO. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. 4ª Turma. Julgado em: 3 nov. 2011. DJe: 8 mar. 2012).

⁶¹ Enunciados disponíveis em: <http://bit.ly/2mCvTDU>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁶² Cf. SHAVELL, op. cit., 2006, p. 290.

No caso dos contratos empresariais, como destacam Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, “a lógica interpretativa deve estar baseada na racionalidade da maximização dos benefícios individuais” e, prosseguem os autores, “portanto, concluir pela divisão dos prejuízos em razão de argumentos sentimentais não privilegia a eficiência, pelo contrário”⁶³.

Em síntese, é preciso considerar que o método de interpretação dado pelos juízes influencia o conjunto de contratos que serão pactuados na sequência, situação que impõe se afastarem interpretações ingênuas, voltadas apenas ao caso concreto, sem considerar os reflexos em todo o mercado envolvido⁶⁴, assim como a lógica econômica e as peculiaridades dos contratos empresariais não podem ser olvidadas pelo julgador.

5. Especialização dos juízes, varas especializadas: solução?

Ao propor que se repense a forma de interpretação dos contratos empresariais surge o questionamento sobre a própria estrutura do Poder Judiciário e se a especialização dos juízes ou varas atenderia à realidade do mundo empresarial.

A primeira conclusão é que a compreensão das peculiaridades dos contratos empresariais deve ser um norte para todos os magistrados que se deparem com questões empresariais, assim como ocorre em demandas envolvendo relações de consumo ou civis.

O problema das questões empresariais talvez resida na sua complexidade, mas não exclusivamente nesse aspecto. A urgência das questões e, em contrapartida, a velocidade do judiciário, tanto por questões procedimentais como estruturais, podem ser consideradas um fator determinante.

A proliferação de decisões concatenadas com a realidade do mercado no qual estão inseridas as empresas contribui para a segurança jurídica e, como consequência, reduz o custo dos negócios e incentiva o investimento.

A relevância dessas questões pode ser extraída do relatório *Doing Business*, que traz como parâmetro de classificação das economias dos países a medição do tempo e custo para resolução de disputas comerciais por meio de um tribunal de primeira instância local⁶⁵.

Nesse sentido, um dos indicadores consiste na existência de um tribunal comercial especializado ou uma seção dedicada unicamente a audiências de ações comerciais. Em caso afirmativo, é atribuída pontuação 1,5; em caso negativo, 0⁶⁶.

É interessante observar que o Brasil ocupa a 116^a posição no *Ranking Doing Business 2016*, e a cidade de São Paulo serve de parâmetro para a pesquisa, ao lado do Rio de Janeiro⁶⁷ e, portanto, a especialização de varas com competência empresarial seria medida salutar, com impactos na própria classificação do Brasil ante outras economias⁶⁸.

⁶³ RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, op. cit., p. 204.

⁶⁴ Cf. SHAVELL, op. cit., 2006, p. 291..

⁶⁵ THE WORLD BANK. *Relatório Doing Business*. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2ky71ML>. Acesso em: 8 maio 2016.

⁶⁶ A metodologia da pesquisa é explicada em <http://bit.ly/2kC5u8t>. Acesso em: 8 maio 2016.

⁶⁷ O relatório completo referente ao Brasil pode ser obtido em <http://bit.ly/2ky71ML>. Acesso em: 8 maio 2016.

⁶⁸ No final do ano de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aprovou a criação de três varas com competência para matéria empresarial na Comarca da Capital, conforme Resolução n. 763/2016 (*DJe*: f. 3, 15 dez. 2016), ainda não instaladas.

Para além desse dado classificatório, a questão é saber se são necessárias varas especializadas em matéria empresarial, ou se a especialização dos juízes poderia ocorrer sem a necessidade de remanejar as unidades judiciais.

Evidentemente, juízes tornam-se especializados não apenas por meio de cursos, mas pela experiência adquirida no trato sucessivo de determinadas questões. Assim, a especialização de varas para tratar de matéria empresarial, nos moldes do que já ocorre com as Câmaras de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, seria salutar, na esteira do que já ocorre nas capitais dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, desde que fornecida estrutura adequada para manejar com celeridade e eficiência processos dessa natureza.

Finalmente, em relação à interpretação dos contratos empresariais, a especialização das varas por matéria permite a criação de orientação jurisprudencial sólida, medida que certamente seria levada em conta para a redução dos custos do contrato.

6. Conclusões

O breve estudo buscou responder se o tratamento conferido aos contratos empresariais é adequado, assim como quais seriam as principais peculiaridades dos contratos empresariais na sua formação e execução.

Ficou bastante destacado que os vetores de funcionamento dos contratos empresariais devem servir de norte à interpretação dos contratos empresariais, assim como noções econômicas na análise desses contratos devem ser consideradas como forma de melhor compreender a lógica dos contratos empresariais.

Os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pelos tribunais, tais como o aumento do custo do contrato, insegurança jurídica e comportamento dos contratantes, mostraram-se fatores relevantes a serem considerados pelo intérprete.

Finalmente, a especialização das varas em matéria empresarial constitui medida apta a garantir previsibilidade e segurança jurídica em matéria empresarial, embora todos os juízes, na interpretação dos contratos empresariais, possam implementar comportamento voltado ao escopo de facilitar a contratação entre os agentes econômicos, proporcionando segurança e previsibilidade.

7. Bibliografia

ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo. Incomplete contracts and complexity costs. *Theory and decision*, v. 46, p.23-50, 1999. Disponível em: <http://bit.ly/2mavOXW>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo; POSTLEWAITE, Andrew. Courts of law and unforeseen contingencies. *JLEO*, v. 23, n. 3, p. 662-684, 2007. doi: 10.1093/jleo/ewm017.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BERLAND, Carla Turczyn. *A intervenção do juiz nos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 49-68, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2m6Er5D>. Acesso em: 15 ago. 2015.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DE LY, Filip. Commercial law as a refuge from contract law: a comparative and uniform law perspective. *Wayne L. Rev.*, v. 45, p. 1825, [1999 e 2000].
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, p. 35-61, maio/jun. 2006.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de; ESTEVEZ, André Fernandes; RAMOS, Ricardo E. (coord.). *Contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. *Revista de Direito Mercantil*, v. 151/152, p. 22-46, jan./dez. 2009.
- GODOY, Claudio Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- PHILLIPS, John. Protecting those in a disadvantageous negotiating position: unconscionable bargains as a unifying doctrine. *Wake Forest L. Rev.*, v. 45, p. 837, 2010.
- POSNER, Richard A. The law and economics of contract interpretation. *Texas Law Review*, v. 83, p. 1581-1614, 2004.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- SHAVELL, Steven. On the writing and the interpretation of contracts. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 22, n. 2, 2006. doi: 10.1093/jleo/ewj017. Disponível em: <http://bit.ly/2m7WKHL>. Acesso em: 5 maio 2016.
- TAYLOR, John A. Commercial and contract law. *Wayne L. Rev.*, v. 54, p. 85, 2008.
- THE WORLD BANK. *Relatório Doing Business*. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2ky71ML>. Acesso em: 8 maio 2016.
- TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- VINCENZI, Marcelo. *Interpretação do contrato: ponderação dos interesses e solução de conflitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

