PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

William Eustaquio de Carvalho

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE DEPENDENTE: ANÁLISE À LUZ DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Belo Horizonte
2016

William Eustaquio de Carvalho

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE DEPENDENTE: ANÁLISE À LUZ DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor César Augusto de Castro Fiuza

Belo Horizonte
2016

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Carvalho, William Eustaquio de
C331p O princípio da proteção ao contratante economicamente dependente: análise à luz da nova economia institucional / William Eustaquio de Carvalho. Belo Horizonte, 2016.
250 f.

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito empresarial - Estudo e ensino. 2. Contratos - Legislação. 3. Obrigações (Direito). 4. Direito comercial. I. Fiuza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.72

William Eustaquio de Carvalho

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE DEPENDENTE. ANÁLISE À LUZ DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

_____
Professor Doutor César Augusto de Castro Fiuza
Orientador – PUC Minas

_____
Professora Doutora Taísa Maria Macena de Lima
PUC Minas

_____
Professor Doutor Rodrigo de Almeida Magalhães
PUC Minas

_____
Professor Doutor Daniel Moreira do Patrocínio
Centro Universitário UNA

_____
Professor Doutor Leonardo Netto Parentoni
Universidade Federal de Minas Gerais

_____
Professor Doutor Roberto Henrique Pôrto Nogueira
Universidade Federal de Ouro Preto

Belo Horizonte, 31 de março de 2016.

Aos meus amores, Luisa e Carla.

Agradeço a Deus por ter me guiado rumo a mais esta conquista.

Ao Professor Doutor César Fiuza agradeço pela confiança e concordância em permitir-me seguir a abordagem da nova economia institucional e pela orientação sempre segura.

À Professora Doutora Taísa pela atenção e preciosas sugestões a este trabalho.

Ao Professor Doutor Rodrigo pelas aulas enriquecedoras e sugestões bibliográficas, fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus pais e amigos.

“Não se teria jamais atingido o possível
se não houvesse tentado o impossível.”

MAX WEBER

RESUMO

A análise empreendida nesta tese partiu da previsão contida no Projeto de Novo Código Comercial acerca da proteção ao contratante economicamente dependente no âmbito dos contratos empresariais. Tal proteção, de acordo com o aludido Projeto, busca conceder, nas relações contratuais assimétricas, proteção àquela parte que depende economicamente da outra. A análise em questão valeu-se do aparato teórico e conceitual desenvolvido pela teoria denominada Nova Economia Institucional a qual, em conjunto com aspectos da dogmática jurídico-contratual brasileira, teve como objetivo demonstrar que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente na forma como se encontra disciplinado no Projeto de Novo Código Comercial comporta várias reflexões, seja no campo econômico, seja no campo jurídico. Nesse sentido, observou-se, fundamentalmente, que tal princípio não pode ser aplicável a todos os contratos empresariais, devendo sua aplicação ser limitada aos contratos de colaboração empresarial. Além disso, demonstrou-se que para a aplicação de tal princípio exige-se tenha ocorrido a incidência de comportamento oportunista e lesão ao princípio da confiança, cuja base é o princípio da boa-fé objetiva que, nesta tese, demonstrou-se a necessidade de ser relativizada em razão do exercício da atividade empresarial pelas partes contratantes. Também analisou-se uma série de decisões de Tribunais brasileiros com o objetivo de demonstrar que o tratamento ao empresário economicamente dependente ou vulnerável comporta várias distorções interpretativas, que poderão ser agravadas com a aprovação do principio tal como disciplinado no Projeto de Lei analisado. Por fim, demonstrou-se que o princípio da proteção ao contratante dependente, se devidamente adequado à princípiologia empresarial, pode ser um hábil instrumento a coibir comportamentos oportunistas no âmbito dos contratos empresariais de colaboração.

Palavras-Chave: Projeto de Novo Código Comercial. Direito Empresarial. Contratos Empresariais. Contratos de Colaboração Empresarial. Proteção ao Contratante Dependente. Contratos Assimétricos. Nova Economia Institucional.

ABSTRACT

The analysis that took place on this thesis emerges from the provision contained in the New Commercial Code Bill, related to the protection of economically dependent contractor on business contracts. Such protection, according to the bill, aims to grant, under asymmetric contractual relations, protection to that part which depends economically on the other. The analysis used the theoretical and conceptual apparatus developed by the theory called New Institutional Economics which, along with aspects of Brazilian legal-contractual dogmatic, aimed to demonstrate that the principle of the protection of economically dependent contractor – such as it was disciplined on the New Commercial Code Bill – comprehends several reflections, both in the economic field, as in the legal one. Thus, we have observed that such principle may not apply to all business contracts, and its implementation should be limited to business cooperation contracts. In addition, it was shown that the application of this principle requires the occurrence of opportunistic behavior and damage to the principle of trust, which base is the principle of objective good faith, and, in this thesis, it was demonstrated the need to be relativized, due to the exercise of business activity by Contracting Parties. This work also analyzed several of Brazilian courts decisions in order to demonstrate that the treatment to economically dependent or vulnerable entrepreneur has various interpretive distortions, which may be aggravated by the approval of such principle as disciplined in the analyzed bill. Finally, it was shown that the principle of protection of the dependent contractor, if properly suited to the principles that guide business, can be an effective instrument to curb opportunistic behavior in the context of collaborative business contracts.

Keywords: New Commercial Code Bill. Corporate Law. Business contracts. Business cooperation contracts. Protection of economically dependent contractor. Asymmetric contractual relations. New Institutional Economics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 LAW AND ECONOMICS 21

3 DIFERENCIANDO AS TEORIAS – INSTITUCIONALISMO, NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL(NEI) e ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO 24
3.1 Institucionalismo 24
3.2 A Nova Economia Institucional (NEI) 29
3.3 Nova Economia Institucional e Análise Econômica do Direito 36

4 SOBRE A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO 40

5 RACIONALIDADE LIMITADA 47

6 INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS 53

7 COMPORTAMENTO OPORTUNISTA 60

8 SOBRE O AMBIENTE INSTITUCIONAL 67

9 DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS 73
9.1 Os Contratos de Distribuição e Concessão 81
9.2 Os Contratos de Franquia 84
9.3 Fundamentos dos Contratos Empresariais 85
9.3.1 A Álea Empresarial e os Contratos Empresariais 85
9.3.2 Da Boa Fé nos Contratos Empresariais 90
9.3.3 A Confiança nos Contratos Empresariais 96
9.3.4 Autonomia e Racionalidade nos Contratos Empresariais 107
9.3.5 A Racionalidade do Pensamento nos Contratos Empresariais 115
9.3.6 Função Econômica dos Contratos Empresariais 119
9.3.7 Dos Limites da Função Social dos Contratos nos Contratos Empresariais 132

10 A PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE DEPENDENTE 146
10.1 A proteção ao contratante economicamente dependente no Projeto de Novo Código Comercial 150
10.2 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e o Instituto da Lesão 155
10.3 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e o Abuso de Direito 156
10.4 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e as Cláusulas Potestativas 165
10.5 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e a Onerosidade Excessiva 167
10.6 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e a Proteção a Concorrência 170
10.7 A Proteção ao Contratante Dependente e as Relações de Consumo 175

10.8 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente no Parecer Apresentado pelo Deputado Alexandre Baldy ao Projeto de Novo Código Comercial.....178
10.9 A Dependência Econômica no Código Comercial Francês.....181

11 A DIMINUIÇÃO DAS INCERTEZAS A PARTIR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE DEPENDENTE..184

12 ANÁLISE DE JULGADOS ENVOLVENDO A INTERPRETAÇÃO SOBRE OS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO.....190

13 CONCLUSÕES.....229

REFERÊNCIAS.....233

1 INTRODUÇÃO

A discussão que se pretende apresentar neste trabalho parte da análise do princípio da dependência econômica ou da proteção ao contratante economicamente dependente aplicável aos contratos empresariais e previsto no art. 17, III do Projeto de Novo Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572 de 2011 em trâmite na Câmara dos Deputados e Projeto de Lei nº 487 de 2013 em trâmite no Senado Federal), cujo teor é o seguinte:

> Art. 17. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais:
> I – autonomia da vontade;
> II – plena vinculação dos contratantes ao contrato;
> III – proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas.

Observa-se que o principio em questão, até então explorado apenas no âmbito doutrinário e jurisprudencial[1] no que se refere à interpretação dos contratos empresariais, caso seja aprovado o Projeto de Novo Código Comercial, será utilizado como critério interpretativo para todos os contratos empresariais. Como os princípios refletem as bases de um sistema jurídico, a partir de sua aplicação pode-

[1] [...] 4. A sentença, invocando a boa-fé, apura que há documentação nos autos demonstrando ser evidente que a Refinaria - que ofereceu garantia real no penhor mercantil - e a Distribuidora, emitente da cédula de crédito bancário, mantêm "estreita relação" e mesmo "endereço comercial" e que a recorrente "é empresa de grande porte, com longa experiência em negócios comerciais, não sendo crível que, somente na hora em que a credora foi em busca do bem dado em garantia é que tenha se lembrado que não havia recebido tais bens". Em vista dessa moldura fática, a tese de que o negócio jurídico firmado pela Refinaria necessitaria de prévia anuência do Conselho de Administração da Companhia testilha com a essência do direito comercial, que repele o formalismo exacerbado, em benefício do dinamismo do tráfego jurídico, da celeridade e segurança das relações mercantis. 5. Nas avenças mercantis típicas, em que não há dependência econômica de nenhuma das sociedades empresárias, "as partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da 'proteção externa')", não sendo "desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso poderia levar ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas, a um nível insuportável". 6. O Código Comercial, a teor do revogado artigo 271, tratava o penhor mercantil como contrato, todavia o Código Civil inclui o penhor entre os direitos reais de garantia, sem que tenha procedido à substancial modificação em sua disciplina.Com efeito, em que pese o Diploma civilista não dispor textualmente acerca da possibilidade de fazer-se a tradição simbólica, isso ressai nítido da leitura de seu art. 1.431, parágrafo único, que estabelece que no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, "as coisas empenhadas continuam em poder do devedor". 7. À luz do artigo 1.431, parágrafo único, do Código Civil c/c os artigos 31 e 35, da Lei 10.931/2004, ainda que o dador não figure como emitente (devedor) da cédula de crédito bancário (obrigação principal); sendo, pois, terceiro em relação a essa avença, é possível que a garantia real seja constituída por bem de sua titularidade. Recurso especial não provido. (BRASIL. STJ. REsp nº 1377908/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2013).

se dizer que um novo paradigma em relação à interpretação dos contratos empresariais será inaugurado.

Como será demonstrado, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente na forma como se encontra disciplinado, ou seja, aplicado a todos os contratos empresariais, poderá contrariar a principiologia a aplicável a tais contratos, especialmente por criar proteção a um dos polos da relação contratual em função de um suposto desequilíbrio de forças, o que exige a reflexão acerca dos efeitos jurídicos e econômicos que serão gerados a partir de sua aplicação. Nesse âmbito, defende-se a aplicação do princípio em tela, mas de acordo com as limitações que serão analisadas nesta tese.

Vale dizer que, durante a tramitação do projeto em questão, foi apresentado parecer pelo deputado Alexandre Baldy, no sentido de afastar completamente a incidência do princípio da proteção ao contratante dependente nos contratos empresariais, muito embora seja importante observar que, no âmbito do processo legislativo, tal parecer pode ou não ser acatado pelos demais deputados, o que pode gerar a aprovação do texto tal como se encontra.

Nesse sentido, o parecer em questão também deve merecer análise, na medida em que propõe o afastamento por completo do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, o que também não representa o melhor tratamento interpretativo aos contratos empresariais de colaboração, os quais serão analisados com mais vagar adiante. Como se verá, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente é uma realidade evidente e que, devidamente normatizado, poderá tornar mais eficiente as relações empresariais.

Como demonstrado por PENTEADO (2002) mostra-se problemática a ausência de uma disciplina específica para regular a questão da hipossuficiência e o desequilíbrio nas relações contratuais estabelecidas entre pessoas que exercem atividades empresariais. Segundo o autor:

> A grande questão é que, no sistema positivo brasileiro, só há dois diplomas disciplinando relações jurídicas que envolvam hipossuficientes, entendendo por este termo o sujeito jurídico que pratica negócios jurídicos com outro e situação na qual sua ação intencional não pode ser praticada nas mesmas condições que ele porque este tem alguma vantagem fática que propicia a concretização do ato *lato sensu* com desvantagem igualmente fática para o outro. [...] Os diplomas que regem relações entre sujeitos em relação de desigualdade pré-negocial são a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), [...] e o Código de Defesa do Consumidor. (PENTEADO, 2002, 147).

Nesse contexto, parte-se nesta tese de uma análise ponderada entre os dois extremos apresentados, de forma a não aplicar o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente a todos os contratos empresariais na forma da proposição em tramitação, mas também para não excluir sua incidência totalmente, especialmente no que tange aos contratos empresariais de colaboração.

Delimitado o ponto central do trabalho, propõe-se que a análise a ser desenvolvida em torno do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente não se dê apenas sob a perspectiva jurídica, mas também sob premissas econômicas que serão adiante apresentadas, já que se vislumbra, diante da incidência do aludido princípio, a possibilidade de aumento nos custos de transação sobre os contratos de colaboração, única espécie de contrato sobre o qual entende-se pertinente a aplicação de tal princípio.

Por esta razão, a análise aqui empreendida parte da utilização do arcabouço jurídico e econômico para se concluir quais serão os efeitos sobre os custos de transação a partir da aplicação do Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente a todos os contratos empresariais, pois o fato de o Direito ser um dos subsistemas da vida social, relacionando-se com outros subsistemas, tal como a economia, faz com que não seja possível pensá-lo de forma dissociada dessa outra realidade.

Como destaca Friedman:

> [...] a economia trata – em seu nível mais fundamental – não do dinheiro ou das leis econômicas, mas das implicações da escolha racional, e por isso é uma ferramenta essencial para compreendermos os efeitos das normas legais. Saber quais efeitos as normas terão é importante tanto para a compreensão das normas que já existem quanto para decidir quais normas deveremos estabelecer. (FRIEDMAN, 2015).

Em complemento, Cooter e Ulen (2010) afirmam que “a economia oferece uma teoria comportamental para predizer como as pessoas respondem às mudanças nas leis.”

Nesse sentido, o que se propõe é a análise jurídica e econômica da proteção ao contratante economicamente dependente, fixada no projeto de Novo Código Comercial, sob os postulados da Nova Economia Institucional, objetivando, em última análise, estabelecer uma relação entre aquele princípio e os custos de transação decorrentes de sua implementação.

Em complemento, objetiva-se demonstrar que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente pode ser considerado um interessante mecanismo de proteção contratual, mas não da forma como se encontra disciplinado na proposição.

A análise que se propõe perpassa, pois, pela compreensão dos postulados da Nova Economia Institucional e pelos fundamentos jurídicos dos contratos empresariais, nos quais insere-se a confiança como um vetor fundamental à formação e desenvolvimento das relações contratuais entabuladas entre pessoas que exercem atividades empresariais, especialmente no âmbito dos contratos de colaboração.

Observa-se que, na medida em que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente nas relações assimétricas for aplicado a todas as relações contratuais, surgirá um novo elemento de risco incidente sobre as relações contratuais entre empresas. Trata-se de um elemento cuja incidência decorrerá do comportamento oportunista assumido pelas partes em tal relação.

Por outro lado, em alguma medida, é importante a existência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente nas relações contratuais empresariais assimétricas, especialmente no que tange aos contratos de colaboração, pois tal princípio pode traduzir um vetor interpretativo capaz de assegurar a aplicação mais eficaz do princípio da boa fé objetiva em tais relações.

Sobre isso, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente pode oferecer um importante vetor interpretativo aos contratos empresariais de colaboração, fazendo com que estes sejam interpretados de acordo com a perspectiva de se oferecer maior proteção ao contratante que foi vítima de comportamento oportunista ou de quebra da confiança pela contraparte.

Conforme afirmam Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo, (2005, p. 103) a essência econômica do contrato é a promessa e, para que indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas, o que será afetado a partir da aplicação irrestrita do princípio em comento às relações contratuais.

Em tal perspectiva, nota-se, inclusive, que a conduta oportunista poderá existir nos dois polos da relação, ou seja, tanto por parte do contratante supostamente dependente, que poderá se valer da proteção para revisar

indevidamente os termos da avença, quanto pelo contratante que detém o poder econômico, que poderá adotar comportamento oportunista para se sobrepor à outra parte. Em ambos os casos, vale acrescentar, poderá haver a quebra do dever de confiança, adiante analisado.

Com efeito, diante da possibilidade de existência de comportamento oportunista, as partes na relação empresarial passarão a se estruturar nessa relação com mais salvaguardas, objetivando a diminuição dos riscos decorrentes de tal relação, isso tudo interferindo nos custos finais de transação.

Disso decorre a importância de uma análise interdisciplinar[2] envolvendo o tema proposto, pois como afirma Gonçalves e Stelzer:

> [...] a prática jurídico-econômica de mercado, como discurso hegemônico, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme a realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros - riqueza - e de eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética socio-econômico-normativa construtiva e inclusora. (GONÇALVES; STELZER, 2007, p. 4).

A fenomenologia estudada pelas Ciências Sociais é única, como sugere Gonçalves e Stelzer:

> [...] não existindo o fenômeno econômico dissociado do fenômeno jurídico; assim como é uma ficção verificar, no ser humano, ora o *homo juridicus*, ora o *homo economicus*. A realidade é uma só e, se pode ser apreciada de vários ângulos para um melhor entendimento, também, pode ser apreciada em seu conjunto, de uma forma holística como requer o momento vivido pela humanidade. [...] ainda destaca que desde que o homem adquiriu consciência de si mesmo, procurou identificar as condições necessárias para a sua sobrevivência acumulando-as e protegendo-as, inclusive, estabelecendo regras de utilização e manutenção das mesmas. A Economia e o Direito já estavam, desde então, lado a lado. Aliás, dentro da etapa capitalista, na evolução dos sistemas econômicos, o Direito racional, isto é, direito calculável se fez e se faz necessário, para que a exploração das diversas atividades econômicas possa ser desenvolvida dentro de perspectiva de segurança jurídica, que impeça as incertezas e instabilidades impossibilitadoras da acumulação. (GONÇALVES; STELZER, 2007, p. 8).

---

[2] A influência das ciências jurídicas e econômicas é recíproca. Acredita-se na influência econômica na elaboração das normas e dos julgados – alterando a perspectiva do Direito interferir na economia, seja pelos mecanismos tradicionais de intervenção, como a imposição de políticas tributárias ou restrições administrativas, seja atuando na planificação e implementação de políticas públicas. Sob tais óticas, o contrato empresarial se apresenta tanto sujeito ao direito como à economia, e no campo dos efeitos, aquele que mais provavelmente trará consigo a potencialidade de causar externalidades. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 194).

Sob essa perspectiva, não se pode compreender o Direito como uma realidade desconectada de outras ciências, seja na criação das normas, ou na sua aplicação. Nesse sentido, deve o Direito receber os influxos teóricos necessários a dar-lhe concretude segundo os ideais democráticos do Estado, devendo-se considerar nesse contexto que o ideário social não se encontra afastado ou alheio aos princípios capitalistas, os quais não devem deixar de conduzir essas reflexões, sob pena de torná-las uma ficção. Sobre isso, Gonçalves e Stelzer defendem que:

> [...] a aplicação da teoria econômica ao Direito possibilita um critério único e racional para atingir o dever ser possível segundo condições dadas, diferentemente do dever ser idealizado, mas, frequentemente inatingível devido ao seu descomprometimento com o mundo real ou seu caráter meramente político-ideológico. [...] não obstante a constatação de dificuldades metodológicas quando do uso da Teoria Econômica para a análise e interpretação do Direito, é inegável a utilidade do instrumental teórico-econômico, seja como metodologia de interpretação da norma existente, seja como fundamento basilar na feitura desta. (GONÇALVES; STELZER, 2007, p. 12).

Nesse sentido, a análise da proteção ao contratante economicamente dependente a partir da análise jurídica e econômica mostra-se desafiadora, especialmente por partir, no plano econômico, de estudos envolvendo a Teoria denominada Nova Economia Institucional, sobre a qual, pode-se dizer, não há estudos específicos relacionados à temática ora desenvolvida nesta tese.

Como se colhe em Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo (2005), a análise econômica não retira a autonomia do direito[3], mas o complementa "seja

[3] O direito é uma esfera autônoma da atividade humana que nada deve obedecer senão à justiça. Valorizamos o direito justamente por esta razão e o celebramos ao proclamar que todos devem obedecer ao Estado de Direito. [...] A tentativa por alguns doutrinadores, principalmente por Richard Posner em sua obra colossal "*An Analysis Economic of Law*", de demonstrar que toda regra de direito de fato serve ao mercado e, por conseguinte, de reduzir o direito à eficiência, tem sido considerada um fracasso, um fracasso provocativo, mas, ainda assim, um fracasso. O ponto mais importante em que se deve insistir é que mesmo quando uma regra específica de contratos, propriedade ou de qualquer outro campo de leis, promove o funcionamento eficiente do mercado, a lei presta tal serviço não como seu fim, mas como um produto incidental na busca por uma justiça voltada a fins maiores. Para ilustrar a disjunção entre o neoliberalismo e direito, imaginemos uma nação estabelecida sob uma Constituição escrita que distribua poderes entre o legislativo e o executivo. Tal Constituição dispõe que qualquer alteração em relação a compensações (*compensations*) de empregados do governo, incluindo aposentadorias, precisam ser promulgadas pela legislatura. Assumamos também que enquanto a legislatura não está comprometida com a busca de uma política neoliberal, o presidente pensa diferente. O presidente está completamente devotado à reforma neoliberal, tendo como parte de seu programa o objetivo de diminuir o déficit público com a exigência aos aposentados de contribuírem mais ao fundo de aposentadoria e requerendo aos não aposentados que aumentem suas contribuições. Suponhamos que o presidente efetive este plano através de um decreto executivo. Um tribunal comprometido com o Estado de Direito iria obviamente vetar tal medida. Ainda que concordemos

metodológica, seja de escopo teórico-prático, amplificando as propostas que venham a ser formuladas para aumentar ou aperfeiçoar as relações intersubjetivas." Ainda segundo Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo (2005):

> [...] o estudioso do direito comercial não deve limitar ou restringir suas investigações a sua disciplina, pois autonomia e independência não significam isolamento científico; outras áreas do conhecimento estudam mercados e empresas e delas devem os operadores do direito socorrer-se para entender as práticas negociais. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005).

Como se observa em Weber (2011) o direito, da forma como o entendemos, é simplesmente um sistema de ordem provido pelas garantias específicas da probabilidade de sua validade empírica, complementando o autor que nem todas as normas consensualmente válidas em uma comunidade são normas jurídicas, o que nos leva a crer que uma análise em torno de um principio normativo deve ser acrescida de outros instrumentos teóricos aptos a corroborar com a hipótese que será discutida nesta tese.

Isso traduz a necessidade de se analisar o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente não apenas sob a perspectiva jurídica, mas também considerando os aspectos comportamentais que as partes assumem em uma relação contratual quando se vêem diante da possibilidade da outra parte descumprir aquilo que fora inicialmente ajustado por meio de comportamentos oportunistas, somando-se a isso a possibilidade de tais comportamentos implicarem em maiores custos de transação.

Nesse contexto, especialmente no campo do Direito, a análise econômica tem o condão de desafiar os profissionais, pesquisadores e aplicadores das leis a perceber os impactos de segunda ordem das instituições e das decisões judiciais, inibir condutas oportunistas, dar valor à confiança, boa-fé e, sobretudo, induzir à responsabilidade individual, fazendo-a instrumento da responsabilidade social.

---

em que o decreto presidencial sirva ao neoliberalismo, a decisão do tribunal honra o Estado de Direito, defende a distribuição dos poderes sob a Constituição e o conjunto implícito de direitos de propriedade que a Constituição concede aos empregados governamentais. Neste exemplo, inspirado em termos gerais por uma decisão importante do Supremo Tribunal Federal do Brasil, tomada em setembro de 1999, a ausência de conexão entre o Estado de Direito e o neoliberalismo surge do fato de que o neoliberalismo não estipula os meios pelos quais o mercado deve funcionar. O neoliberalismo projeta um fim para o Estado – a operação de livre mercado – mas não estipula os processos pelos quais tal instituição será realizada. Uma dissociação ainda maior emerge do reconhecimento de valores que integram a justiça, mas que não são inteiramente expressos ou protegidos pelo mercado e até podem ser transgredidos por ele. (FISS, 2006, p. 59).

Em relação à metodologia utilizada neste trabalho, buscou-se conjugar noções jurídicas e econômicas relacionadas à dependência econômica nos contratos de colaboração. Como afirmam Esteves e Mello a utilização de metodologia que conjugue noções jurídicas e econômicas "exige a compreensão de que as disciplinas possuem recortes analíticos significativamente distintos, que podem ser adequados e necessários para o exame da maior parte dos problemas com os quais se deparam juristas e economistas". (ESTEVES; MELLO, 2009).

Complementa a questão o comentário muito pertinente de Campilongo:

> Vejo a análise econômica do direito como instrumento de acesso e comunicação do jurista com a complexidade econômica. Seu aparato conceitual, recepcionado com indispensável cautela crítica, aproxima juristas formados em sistemas jurídicos diversos e pode representar compromisso entre as amplas categorias das ciências sociais e os modelos de tipificação específicos do direito. Estudos empíricos econômico-jurídicos podem "baixar a guarda" dos juristas tradicionais e apresentar, com argumentos menos ideológicos e mais racionais, ferramentas que expandam e combinem eficiência e justiça, constante aspiração do direito.
> [...]
> Direito e economia não são apenas disciplinas diversas. Também são sistemas de comunicação que, empiricamente, desempenham funções diferentes, com técnicas de programação, meios linguísticos, racionalidades decisórias e organizações formais distintos. É exatamente daí que nascem as condições para que se possa pensar nas relações entre os dois âmbitos. No estágio atual das pesquisas, pode-se dizer que os principais de recíproca atração entre direito e economia estão nos contratos, na propriedade e na regulação das falhas de mercado. O direito possui técnicas que podem, perfeitamente, incentivar ou travar o funcionamento da economia. O reverso também é correto. (CAMPILONGO, 2014, p. 8, 17).

Nesse sentido, a análise aqui empreendida buscará demonstrar quais os pontos de convergência entre Direito e Economia no que se refere à análise do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente nas relações contratuais, com amparo na teoria desenvolvida pela escola da Nova Economia Institucional.

O objetivo dessa análise interdisciplinar busca, então, o confronto entre Direito e Economia no tratamento do aludido princípio e de discutir, de acordo com o pensamento econômico da Nova Economia Institucional, como tal princípio atuará quando confrontado com a possibilidade de aumento nos custos transacionais incidentes sobre os contratos empresariais em decorrência dos comportamentos oportunistas que poderão ser assumidos pelas partes em tais relações.

Assim, a metodologia utilizada no presente trabalho tem como fundamento a interdisciplinaridade existente entre Direito e Economia, aqui entendida com base

em Esteves e Mello “como a interação mútua de tais disciplinas para a produção de conhecimento que não poderia ser gerado por cada disciplina isoladamente.” (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 2). Nesse sentido: “[...] toda análise econômica interdisciplinar de um conflito jurídico precisa responder a duas questões: como se dá a delimitação de direitos e quais as perdas serão compensadas.” (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 4).

A esse respeito, como se verá adiante, o Princípio da Confiança que se entende ser um dos fundamentos dos contratos empresariais sofrerá profunda influência em razão da aplicabilidade do Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente nos contratos empresariais, isso implicando em maiores custos na formação e execução de contratos.

Como resultado da análise interdisciplinar ora desenvolvida, objetivou-se demonstrar que o Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente promoverá, se aplicável irrestritamente a todos os contratos empresariais e sem considerar a existência de desvio de comportamento da outra parte, um ambiente contratual de maior incerteza e de utilização de comportamentos oportunistas o que, consequentemente, acarretará maiores custos de transação, já que as partes terão que produzir um arcabouço de salvaguardas contratuais mais eficiente com o objetivo de minimizar as possíveis perdas geradas em tal contexto.

Pode-se dizer, a partir da análise empreendida nesta tese, que haverá no plano macroeconômico um ambiente de incerteza nas relações contratuais nas quais se evidenciarem a dependência econômica entre as partes contratantes. Com efeito, a análise interdisciplinar que se pretende desenvolver buscará o diálogo entre o Direito e a Economia[4] exatamente para tentar demonstrar que o princípio jurídico-contratual da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente trará

[4] Esteves e Mello destacam que Economistas são refratários à adoção de outros critérios de escolha, ditos distributivos, embora o papel da eficiência na análise não seja pacífico entre as várias vertentes teóricas da Economia. A eficiência econômica coloca-se como obstáculo à pesquisa interdisciplinar não apenas devido a seu papel enquanto critério de escolha normativa, mas também em função de seu *status* de objetivo da atuação estatal. E, como destaca Parisi (2005), essa diferença em relação aos objetivos do sistema jurídico coloca-se como uma das questões metodológicas centrais da interação entre Direito e Economia. O problema é como definir um objetivo único comum a ambas as disciplinas: busca-se, afinal, a maximização da riqueza, utilidade, justiça ou equidade? ‘De modo geral (e com a notável exceção de Richard Posner e da tradição da *Law and Economics* norte-americana), juristas e operadores do Direito resistem em aceitar que regras de maximização possam substituir os conceitos de moral e justiça implícitos no ordenamento jurídico de cada sociedade, embora estejam dispostos a aceitar, como propõe Calabresi, que este seja um dos critérios adotados na análise da eficácia de ações estatais e em situações onde as teorias tradicionais de moral e justiça não apresentem resultados inequívocos (Parisi, 2005).’ (ESTEVES; MELLO, 2011, p. 6).

implicações no âmbito econômico, influenciando os custos de transação nos contratos empresariais. No entanto, também não se pode desconsiderar a importância de tal princípio, desde que ajustado à realidade empresarial envolvendo os contratos de colaboração.

Não se trata, vale enfatizar, de uma análise puramente pautada na tentativa de minimizar os custos de transação inerentes a todos os contratos empresariais, mas de também demonstrar que o Princípio da Confiança, que também fundamenta as relações empresariais, será afetado na medida em que se inserir na legislação empresarial o conceito de dependência econômica como critério interpretativo contratual a todos os contratos empresariais.

Sobre o Princípio da Confiança, demonstrar-se-á que ele é um fundamento das relações entabuladas entre empresas, fortemente influenciado pelos costumes empresariais e que se encontra intimamente atrelado à ideia de boa-fé. Sob a perspectiva econômica, o princípio da confiança pode ser considerado uma instituição econômica informal capaz de interferir significativamente nas relações contratuais, influenciando a ideia de justiça contratual e custos de transação.

Por se tratar de uma análise pautada na interdisciplinaridade existente entre Direito e Economia, sobretudo pela utilização de referências teóricas colhidas no âmbito econômico e jurídico estadunidense, destaca-se que, na análise econômica que se realiza sobre normas jurídicas há que se ter o cuidado de se considerar que os regimes da *common law* e *civil law* traduzem profundas diferenças estruturais, reflexo de culturas e políticas substancialmente distintas da brasileira. A esse respeito, Arida destaca que:

> [...] países cujo sistema legal facilita e incentiva o respeito aos direitos individuais de propriedade e aos contratos privados tendem a ter melhor desempenho do que outros, principalmente pelo desenvolvimento da intermediação financeira entre poupança e investimento; nesses países, os poupadores têm mais confiança em emprestar, e os tomadores têm mais confiança em investir. (ARIDA, 2005, p. 66).

Assim, é comum que nas análises empreendidas à luz de teorias econômicas desenvolvidas sob o sistema da *common law*, observe-se menor interferência estatal no que se refere à formação e interpretação dos contratos, como se verá neste trabalho, sendo esta uma realidade bem distinta daquela que se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro a partir da análise empreendida no capítulo 13, a

qual demonstra marcante interferência judicial nos contratos, sobretudo com o objetivo de se realizar justiça social.

Deve-se, assim, esclarecer que qualquer análise que se faça tomando-se como fundamento as noções envolvendo *law and economics,* ou análise econômica do direito, perpassam pela noção de que o sistema da *Common Law* se desenvolve sob uma perspectiva mais liberal no que tange aos direitos das partes fixarem seus direitos e obrigações contratuais.

Como se verá adiante, das teorias que analisam as relações entre normas e economia, com especial atenção às relações contratuais, adotou-se como corte metodológico a Teoria desenvolvida pela Nova Economia Institucional, em especial a Teoria dos Custos de Transação desenvolvida por Williamson[5].

Nesse contexto, a Teoria da Nova Economia Institucional adotada parte da análise dos custos contratuais advindos do oportunismo dos agentes e da realidade que se impõe de que contratos são verdadeiramente incompletos, sendo necessário às partes a utilização de salvaguardas legais e contratuais existentes para minimizar seus custos, buscando em última análise atingir cada qual os seus propósitos contratuais definidos *ex ante.*

Nesse cenário, a partir dos conceitos de oportunismo, incompletude contratual, custos de transação e instituições desenvolvidos pela Teoria da Nova Economia Institucional, observar-se-á que a aplicação do Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente poderá implicar em maiores custos de transação.

Nesse sentido, a Teoria da Nova Economia Institucional propõe, como se observa em Forgioni, que:

> [...] o individualismo metodológico econômico deva ser temperado pelas instituições, ou seja, pelas regras do jogo, devendo-se considerar, inclusive as normas formais existentes em uma sociedade e também as normas informais, tais como os valores culturais, tradições etc. (FORGIONI, 2004).

[5] Oliver Eaton Williamson, nascido em 27 de setembro de 1932, é um economista estadunidense. Ele se notabilizou pelo trabalho com custos de transação e teoria da firma. Formado pela MIT Sloan School of Management, em 1955, Williamson obteve o mestrado em Stanford, em 1960, e o doutorado da Universidade de Carnegie Melon. Recebeu o Prémio de Ciências Económicas em Memória de Alfred Nobel de 2009, juntamente com Elinor Ostrom, pela análise da governança econômica, especialmente dos limites da firma.

É com base em tais premissas que sugere-se a análise do Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente sob a perspectiva jurídica e também sob a perspectiva institucional, considerando-se aqui a lógica própria regente das relações entre empresas, incluindo normas formais e informais, tais como a previsibilidade, a segurança e a confiança que as partes esperam neste âmbito.

Por fim, muito embora não seja o objetivo principal deste trabalho, como há uma evidente relação entre os custos de transação aplicados aos contratos e a atuação do Poder Judiciário, também utilizaremos o referencial da Análise Econômica do Direito[6] com o objetivo de discutir as implicações que o Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente trará no âmbito de sua aplicação perante tal Poder e como isso refletirá em termos de soluções para os conflitos contratuais.

[6] Diferentemente da Nova Economia Institucional que privilegia os mecanismos privados para o desenho contratual, na Teoria Econômica do Direito o foco da atenção se dá sobre a operação dos Tribunais de Justiça. Permite que se considerem os contratos incompletos, mas em vez de admitir que os agentes privados farão esforços *ex ante* para desenhar mecanismos para completar os contratos, focaliza o papel da justiça como provedora de soluções a custo zero. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 109).

2 LAW AND ECONOMICS

A Teoria da Nova Economia Institucional utilizada como referencial metodológico no presente trabalho encontra-se inserida no âmbito mais amplo da Teoria denominada *Law and Economics*[7]. Segundo Gonçalves e Stelzer:

> [...] tal teoria busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quanto da criação da norma jurídica, como, quando de sua verificabilidade, já, em instancia de aplicação ao caso concreto pelo magistrado. (GONÇALVES; STELZER, 2007, p. 6).

Sobre a questão, Pimenta e Boglione, ao se referirem ao tratamento dado por Cooter sobre a relação entre Direito e Economia, asseveram que:

> [...] a interdependência entre as duas áreas se mostraria benéfica aplicada ao caso concreto, vez que, tomando a economia como poderosa ferramenta para analisar as normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem de forma racional, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições, da mesma forma que respondem a constantes alterações de preços de mercadorias. A legislação, segundo ele, é um desses estímulos externos e, quanto mais existirem e forem positivadas como premissa de instituições sociais, mais eficiente será o sistema. (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 264).

---

[7] Segundo Mackaay, é possível traçar um cronograma para explicar o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito. O autor afirma que as bases do movimento estão nos economistas da Escola Clássica, em especial, em Adam Smith. Em sua obra, "*An inquiry into the nature causes of the wealth of nations*", cuja denominação e tradução para o português usual é "Riqueza das Nações", Adam Smith crê na liberdade de concorrência como a solução para a melhor alocação dos recursos, tendo em vista que os preços seriam livremente formados pelo mercado, alcançando-se o equilíbrio. Portanto, em várias passagens de sua obra, Adam Smith apresenta críticas à existência de leis para intervenção nesse livre equilíbrio.[...] Ainda em matéria de precursores da Análise Econômica do Direito, Mackaay cita os nomes de Becaria, Bellamy e Bentham. Não raras vezes os críticos da Análise Econômica do Direito focam seus argumentos no fato de que o movimento estaria calcado no utilitarismo, do qual Jeremy Bentham é um dos principais expoentes. Tendo vivido entre 1784 e 1832, Bentham elaborou sua doutrina com base nos conceitos de dor e prazer, que seriam os únicos estímulos válidos para o homem. Deveria o homem, então, agir para maximizar a felicidade (prazer) e evitar a dor, o que justificaria suas condutas. Assim, o único princípio que fundamentaria o utilitarismo seria o da utilidade, que é a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isso, no caso presente é a mesma coisa) ou (o que de novo é a mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado. Os críticos dos doutrinadores que aplicam os conceitos econômicos à interpretação do Direito adotam geralmente a obra de Bentham ao afirmar que a Análise Econômica do Direito acaba por substituir os valores éticos por soluções baseadas na utilidade (eficiência), o que poderia conduzir a situações aberrantes (como o comércio de órgãos ou crianças), uma vez que a comercialização de um rim traria felicidade para o vendedor e comprador: o primeiro porque teria pequena privação de atividades físicas, mas poderia usufruir grande quantidade de dinheiro; e o segundo, porque teria prejuízo monetário, mas teria alcançado a sobrevivência, sem a qual o dinheiro não teria significado. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 68).

Nesse sentido, necessário se faz uma breve reflexão acerca dos postulados da Teoria da *Law and Economics*, muito embora a identificação de qual teoria econômica melhor reflete seu núcleo central não receba tratamento uniforme pela doutrina.

Como destaca Coelho "a maioria dos pesquisadores que se debruçam atualmente sobre o tema prefere não entrar nesse debate, contentando-se em apresentar a Análise Econômica do Direito como uma escola eclética, que comportaria diversas tradições." (COELHO, 2007, p. 3).

Os professores Medema, Mercuro e Samuels (1999), por exemplo, listam como subdivisões teóricas da *Law and Economics* a Escola de Chicago, a teoria da *Public Choice*, a Escola Institucionalista e Neo-institucionalista, a Escola de New Haven, o Moderno Republicanismo e, até mesmo, a Escola do *Critical Legal Studies,* mas como se verá adiante, entre os principais autores da escola da Análise Econômica do Direito e da Neo-institucionalista, houve conflitos, o que de algum modo demonstra a diferença de pensamento entre as duas escolas.

Gonçalves e Stelzer, nessa mesma linha, afirmam que doutrinariamente se verificam quatro enfoques para a *Law and Economics*, a saber: "a) O enfoque tradicional da Escola de Chicago; b) O enfoque Neoinstitucional; c) O enfoque chamado de Eleição Pública ou *Public Choice* e d) os Estudos da Crítica Jurídica," (GONÇALVES; STELZER, 2007, p. 5) destacando que tal teoria tem sua base filosófica no utilitarismo de Bentham segundo o qual:

> [...] o homem esta subjugado e deve agir segundo o princípio da Utilidade. Veja-se: A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos.[...] Através das suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida.[...] Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular. mas também de qualquer ato ou medida de governo.

> III. - O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar beneficio, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse esta em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que , em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo. (BENTHAM, 1974, p. 9-10).

De qualquer perspectiva que se analise esta teoria, fato é que, à luz da *Law and Economics*, sengundo Gonçalves e Stelzer:

> [...] busca-se verificar os efeitos positivos e negativos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento eqüitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma eficiente; a avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos. (GONÇALVES; STELZER, 2007).

Nessa perspectiva, insere-se a análise que se pretende desenvolver nesta tese, posto que se buscará o estudo dos efeitos sobre os contratos empresariais a partir da incidência do Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e do Princípio da Confiança.

3 DIFERENCIANDO AS TEORIAS – INSTITUCIONALISMO, NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL(NEI) e ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 Institucionalismo[8]

Por terem uma relação muito próxima com a temática que se desenvolve nesta tese, relevante é a análise dos princípios que informam a Teoria denominada Institucionalismo Econômico, bem como acerca dos seus fundamentos e sua influência sobre a Nova Economia Institucional que fundamenta os aspectos econômicos desenvolvidos neste trabalho.

Commons (1935), considerado por Mercuro, Medema e Samuels (1999) como a figura central do desenvolvimento da abordagem institucional entre o Direito e a economia, ao tratar da Economia Institucional, logo de início adverte que sua definição perpassa pela dificuldade de se limitar o significado de “Instituição”.

Para Commons (1931), tal significado pode representar algumas vezes um conjunto de leis ou direitos naturais, dentro dos quais os indivíduos se inserem. Algumas vezes, considera-se institucional tudo que seja comportamento econômico.

Além disso, aduz Commons “que algumas vezes parece ser a economia institucional tudo aquilo que seja dinâmico ao invés de estático, concluindo que se pode definir uma instituição como uma ação coletiva que controla, libera e amplia a ação individual.” (COMMONS, 1931).

Um dos autores brasileiros que analisam a Teoria Institucional, Conceição, observa que o institucionalismo tem como base os estudos desenvolvidos por Thorstein Veblen e John R. Commons e “é uma linha de pensamento que tem em seu núcleo de pensamento conceitos de instituições, hábitos, regras e sua evolução, com um forte viés histórico e evolucionista.” (CONCEIÇÃO, 2000, p. 34).

Em Medema, Mercuro e Samuels, colhem-se importantes noções sobre a pensamento de Veblen, segundo as quais:

> Aqui, assim como em seus outros escritos, Veblen aparece como um forte crítico do pensamento econômico ortodoxo, ao rejeitar a visão mecanicista da sociedade econômica como refletida na análise de equilíbrio estático. Como observado por Spiegel (1971, pp. 631-632), Veblen rejeitou a ortodoxa “concepção hedonista do homem como um calculador relâmpago de prazeres e dor” por ser sobremaneira estreita e ultrapassada. Veblen focou no que chama de um metódo evolucionário de análise econômica. Ele

[8] O institucionalismo foi influenciado pela filosofia pragmática de Peirce, William James e John Dewey.

> acreditava que o ambiente material, tecnologia **e inclinações da natureza humana condicionam o surgimento e crescimento de instituições**. Por acreditar que a mudança social implica em mudanças nos hábitos de pensamento e costumes como cristalizados em instituições, ele insistia em um exame crítico das instituições capitalistas – especialmente o que ele denominava de indústria e negócios, juntamente com o poder econômico que eles eram capazer de exercer – para melhor compreender a sociedade econômica. Mais para o fim, ele enfatizava que era necessário compreender tanto os hábitos sociais disseminados quanto as instituições, e não simplesmente como as instituições vigentes funcionam, mas descobrir como as instituições capitalistas evoluíram.[9] (MEDEMA; MERCURO; SAMUELS, 1999, p. 4-5, tradução nossa).

Ainda com amparo nas lições de Conceição, observa-se que:

> [...] os institucionalistas enfatizam aspectos ignorados por muitos economistas ortodoxos, como trabalhos empíricos e teóricos de outras disciplinas, que lhe conferem um caráter multidisciplinar, ou seja, reconhecem a importância de interesses e conflitos, a mudança tecnológica, e a inexistência de uma constante aplicável à vontade humana, o que torna difícil a compreensão da economia como uma teoria puramente positiva. (CONCEIÇÃO, 2000, p. 31).

Tal teoria parte da análise do comportamento econômico concreto a partir dos influxos sociais e dos efeitos que tais comportamentos exercem sobre a economia. Como este comportamento colhido no âmbito social pode conter certa regularidade, sua análise passa a ser objeto de reflexão sob premissas econômicas, sendo possível confrontá-lo com certos aspectos da realidade contratual.

A esse respeito, Samuels enfatiza que:

> [...] as análises institucionais incorporam tanto mercados e instituições, como muito mais. Segundo o autor, os institucionalistas têm perseguido análises das forças sociais que condicionam e canalizam a formação de mercados e o exercício da escolha individual e comportamentos; as instituições que constituem e operam através dos mercados; a economia compreendida como um sistema englobando mais do que o mercado e

[9] "Here, as in his other writings, Veblen emerged a strong critic of orthodox economic thinking, rejecting the mechanistic view of economic society as reflected in static equilibrium analysis. As observed by Spiegel (1971, pp. 631-632), Veblen rejected the orthodox 'hedonistic conception of man as a lightning calculator of pleasures and pain' as overly narrow and outmoded Veblen focused on what he called an evolutionary method of economic analysis. He believed that the material environment, technology, **and propensities of human nature condition the emergence and growth of institutions**. Because he believed that social change implied changes in habits of thought and customs as crystallized in institutions, he insisted on a critical examination of capitalistic institutions - especially what he termed industry and business, along with the economic power they were able to exercise - to better comprehend economic society. Toward that end, he emphasized that it was necessary to understand both the 'widespread social habits' and the institutions, and not merely how prevailing institutions worked, but with finding out how the institutions of capitalism evolved."

> suportando evolução sistêmica, devida em parte à mudança institucional e tecnológica. (SAMUELS, 1995, p. 572).

Em complemento, Esteves e Mello destacam que a economia institucional constrói uma série de proposições das quais se destacam (por suas implicações para as relações entre Direito e Economia):

> i) a idéia de que não apenas o comportamento econômico dos indivíduos é fortemente condicionado pelo ambiente institucional no qual a atividade econômica se desenvolve mas, de modo simultâneo, o comportamento dos agentes afeta a estrutura do ambiente institucional (aí inseridas as normas jurídicas) no qual estão inseridos; ii) a noção de que a interação entre instituições e o comportamento dos agentes econômicos é um processo evolucionário (entre comportamentos sociais e instituições), em cuja análise deve ser colocada ênfase no papel das condições tecnológicas (capazes de alterar hábitos sociais) e instituições do capitalismo moderno; e iii) a percepção da existência de conflitos sociais, na presença dos quais o Estado deve direcionar e ordenar aqueles inerentes às relações econômicas entre os agentes, formatando instituições que estabeleçam um mecanismo de controle social da atividade econômica, sem utilizar a eficiência econômica como único critério que guia a atuação estatal. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 11).

Feitas essas colocações, o que se pode dizer é que há uma forte relação entre a noção do que vem a ser uma instituição e a discussão que se apresenta nesta tese, uma vez que os comportamentos no âmbito contratual, especialmente os comportamentos oportunistas, podem gerar fortes implicações econômicas sobre o mercado.

Ou seja, partindo-se da noção apresentada por Commons que aduz “ser uma instituição uma ação coletiva que controla, libera e amplia as ações dos indivíduos.” (COMMONS, 1931, p. 648-649), chega-se com alguma facilidade à conclusão de que a confiança e o oportunismo podem motivar comportamentos favoráveis ou não à higidez dos pactos firmados, com claras implicações em relação aos custos de transação.

A análise comportamental, ou melhor, a influência que o comportamento humano exerce sobre as relações contratuais não é nenhuma novidade, pois há diversos institutos jurídicos cujas bases repousam na análise do comportamento assumidos pelas partes, como são exemplos a teoria da boa-fé objetiva, da proibição de comportamento contraditório, do abuso de direito, dentre outras, todas evidenciando uma forte presença de elementos subjetivos que exercerão grande influência nas relações contratuais.

Assim, a indagação que se faz é; se o comportamento econômico dos indivíduos é influenciado pelo ambiente institucional, quais os efeitos sobre os contratos de colaboração podem ser verificados diante da existência de comportamentos oportunistas?

Como destaca Cavalieri, a teoria desenvolvida por Veblen propõe a noção de "Instinto" como importante elemento das relações sociais e com implicações econômicas. Cavalieri citando Veblen[10] aduz que:

> Na ação instintiva, o indivíduo age como um todo, e na conduta que emerge sob a força dirigente das disposições instintivas a parte que cada instinto desempenha é uma questão de grau, não de direção exclusiva. Eles devem, portanto, de maneira incontinente, tocarem-se, confundirem-se, sobreporem-se e interferirem uns com os outros, e não podem ser concebidos como agindo em pleno isolamento e independência um do outro. (VEBLEN, 1994, p. 11 *apud* CAVALIERI, 2009, p. 307).

Não se trata, como destaca Cavalieri, "da noção que o senso comum tem do que seriam os Instintos, mas de um comportamento racional inserido em um ambiente social e cultural que fornece motivação para a ação do homem." (CAVALIERI, 2009, p. 309). Segundo o autor, "é neste ponto que entra a inteligência, a deliberação. Aliás, o que distingue os homens dos animais seria justamente o grau de inteligência com o qual aqueles buscam a satisfação dos fins colocados por seus instintos." (CAVALIERI, 2009, p. 309).

Por assim dizer, é motivado por este comportamento racional que o homem conduz suas relações contratuais e por mais que sua vontade em muitas situações seja fortemente influenciada pela necessidade de contratar, fato é que nas relações entre empresas a presença desse comportamento racional assume especial relevo, sobretudo por partir de análises mais minuciosas dos termos contratuais e da utilização de corpo técnico mais preparado.

Do ponto de vista do mercado, pode-se antecipar uma noção que será adiante analisada com mais vagar, acerca do fato de o mercado ser evidentemente

---

[10] Characteristic of the race is a degree of vagueness or generality, an absence of automatically determinate response, a lack of concrete eventuality as it might be called, in the common run of human instincts. This vague and shifty character of the instincts, or perhaps rather of habitual response to their incitement, is to be taken in connection with the breadth and variability of their physiological ground as spoken above. For the long-term success of the race it is manifestly of the highest value, since it leaves a wide and facile margin of experimentation, habituation, invention and accommodation […]. At the same time and by the same circumstance the scope and range of conventionalization and sophistication are similarly flexible, wide and consequential.

influenciado por posturas normativas ou jurisprudenciais mais ou menos condecendentes com a o descumprimento dos pactos firmados pelas partes.

A esse respeito, pode-se dizer que os instintos exercem importante papel no que se refere à formação das relações contratuais na medida em que é por meio de tais instintos que as partes extraem o nível de segurança que se espera daquele negócio jurídico, ainda que isso muitas vezes se frustre ao longo dessa relação.

Do mesmo modo, se os hábitos colocados em termos de convenção social influenciam as instituições econômicas, é evidente que eles também influenciarão a formação e o cumprimento dos contratos, podendo situar aqui que a confiança pode ser vista como um hábito, ou um costume corriqueiro nas relações contratuais entabuladas entre empresas, sendo determinante para que as partes tenham motivação e segurança em tais relações.

Assim, chega-se com Rutherford citado por Cavalieri na noção do que seriam as instituições:

> Os instintos oferecem um conjunto de objetivos de ação básicos e originais, porém as pessoas devem elaborar os caminhos e meios de alcançar esses objetivos dentro das condições ambientais com as quais eles se deparam. Isso envolve o exercício de inteligência, porém o ambiente tende a condicionar ou 'disciplinar' o modo como as pessoas pensam ou agem, resultando em hábitos de pensamento e comportamento. Esses, com o passar do tempo, tornam-se convencionais, adquirem conotações normativas e tornam-se instituições. O ponto importante é que 'esses caminhos e meios convencionais tomam (ou podem tomar) seu lugar enquanto fim aproximativo da busca' e deslocam os instintos enquanto fins da ação. (RUTHERFORD, 1998, p. 467 *apud* CAVALIERI, 2009, p. 317).

Como destacam Esteves e Mello, embora a Economia Institucional não possua um conjunto uniforme de hipóteses claramente identificáveis, a maioria dos autores utiliza conceitos mais ou menos comuns, os quais caracterizam a abordagem. Segundo as autoras:

> Originalmente, o conceito de instituições foi associado aos hábitos sociais em uma determinada sociedade – Veblen as definia como hábitos sociais amplamente seguidos e práticas que prevalecem na sociedade em um dado momento do tempo. Commons (1934), posteriormente, ampliou o termo para "a ação coletiva no controle das ações individuais" – instituições passaram a ser, portanto, não apenas hábitos sociais, mas todo o resultado de ações coletivas (aí incluídas as normas legais) que disciplinassem a ação individual. Hodgson (2005) propõe uma definição a partir da proposta original de Commons: instituições são sistemas duráveis de regras sociais já estabelecidas e incorporadas na sociedade que estruturam as interações sociais. Dessa maneira, o conceito passa a abranger não apenas sistemas formais e informais de normas que disciplinam as ações individuais, mas

> também seu papel estruturante das interações sociais. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 10).

Nota-se que a perspectiva desenvolvida por Commons aprimora a noção do que seriam as instituições, aduzindo que “seriam mais do que os hábitos, mas as ações coletivas como um todo”. (COMMONS, 1931, p. 650).

Tendo em vista a importância que as relações de interdependência humana têm para a abordagem institucionalista, nota-se que o foco da economia institucional é analisar como o sistema econômico reage às situações de conflito e como estes devem ser resolvidos de modo a assegurar a coerência, segurança e ordem às relações humanas.

Em qualquer uma dessas perspectivas que se desenvolvem em torno da ideia do que seriam as instituições, pode-se situar a confiança como elemento que deflui do instinto humano, sendo recepcionada como um costume evidente nas relações entre empresas.

Nesse sentido, cumpre notar que de fato a confiança deve guiar todas as relações contratuais, sejam elas advindas ou não do meio empresarial, mas importa ressaltar que especialmente no âmbito dos contratos de colaboração tal elemento assume especial relevo e ganha contornos próprios que devem ser obervados e discutidos, sendo possível dizer que a confiança é uma instituição social e um elemento fundante dos contratos de colaboração.

Nesse sentido, partindo da premissa de que a estrutura da lei deve ser escolhida de modo que os custos de transação sejam minimizados, já que isso promoverá resultados econômicos mais eficientes, pode-se sustentar, como aqui será desenvolvido, que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente exposto no projeto de Código Comercial deve ser aplicado com cautela, sob pena de afetar a base de confiança que funda as relações contratuais de colaboração.

3.2 A Nova Economia Institucional (NEI)

A Nova Economia Institucional - (NEI) - analisa as transações econômicas, relacionando-as com um conjunto de instituições formais e informais que atuarão sobre as relações contratuais, fazendo com que tais relações sejam permeadas por maiores ou menores custos de transação.

Segundo Pimenta e Boglione:

> [...] para a Teoria Neoclássica, a principal função do mercado é a de informar os preços. Por ser o lugar onde os consumidores e fabricantes (demanda e oferta) se encontram, o fato de aqueles decidirem quanto consumir e as empresas decidirem quanto produzir irá ditar os preços dos produtos. (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 265).

Nesse sentido, a tarefa da Economia Neoclássica é entender como o sistema de preços disciplina o uso dos recursos, e não explicar o funcionamento interno das firmas. A atenção é centrada na oferta e na demanda, nos preços e na produção, sem se perquirir o funcionamento interno das organizações no que tange às suas relações contratuais, o que assume especial relevo nos estudos empreendidos pela NEI.

A NEI, cujos estudos se devem primordialmente à Ronald Coase, desenvolveu-se a partir da análise de que os custos de transação são positivos e, diferentemente da análise econômica ortodoxa, conclui que as instituições legais interferem no comportamento dos agentes econômicos.

O trabalho denominado *The Problem of Social Cost*, publicado em 1960 pelo *Journal of Law and Economics*, é tido como um dos paradigmas sobre o tema da Análise Econômica do Direito. Nele, Coase (1960) demonstra que o problema central do mercado reside na existência de custos de transação e não na presença de externalidades[11].

Nesse sentido, em um dos seus estudos, Coase defendeu que o impasse existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio vizinho incomodado pela poluição não deve ser analisado sob a perspectiva de que a primeira necessariamente gera externalidades negativas sobre o segundo; pois se os custos envolvidos com a mudança geográfica do condomínio forem inferiores aos custos de se reduzir a poluição, então as externalidades negativas claramente mudam de endereço.

---

[11] Rodrigues afirma que a externalidade é o custo ou benefício que um agente, na realização de uma atividade econômica, impõe a um terceiro, fora do sistema de preços. O conceito de externalidade é relevante porque indica que algumas decisões podem ser eficientes no plano individual, porém não são eficientes do ponto de vista coletivo. O papel do direito em face da externalidades negativas é evitar que elas prejudiquem a obtenção de resultados sociais eficientes ou, em outras palavras, desincentivar as atividades lesivas à eficiência coletiva. (RODRIGUES *apud* RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 117).

Como aduzem Sztajn e Zylbersztajn, uma das mensagens de Coase “refere-se à sua preocupação com o ataque aos problemas reais da sociedade. Para ele, economistas e cientistas sociais deveriam se preocupar com o mundo como ele é e não como, para alguns teóricos, deveria ser.” (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 5).

A esse respeito, Coase critica a economia neoclássica, aduzindo que o conceito de “firma” como função de produção deveria ser revisto sob a ótica da firma contratual, o que para o tema que será desenvolvido nesta tese é de fundamental importância, conquanto estudar-se-á implicações econômicas em relação aos contratos em que haja a figura do contratante economicamente dependente.

Williamson aduz que:

> Dado que a Teoria das Organizações considera seriamente a organização interna das firmas, haveria lições a serem consideradas nessa literatura? Coase nunca comentou sobre essa possibilidade, mas aconselhou que o que se deseja na organização industrial é um tratamento frontal para o problema. Ou seja, a teoria deveria focalizar as atividades realizadas pelas firmas, e deveria revelar as suas características. Além de estudar o que ocorre dentro das firmas, deveríamos estudar as relações contratuais entre elas. (WILLIAMSON, 2005, p.19).

Segundo Esteves e Mello, na NEI é possível identificar dois níveis de análise:

> [...] no plano macro, discute-se o ambiente institucional de uma sociedade, enfocando as mais diversas regras – jurídicas, políticas e sociais – que estabelecem a base para os processos de produção, trocas e distribuição (como por exemplo, regras sobre eleições, sobre direitos subjetivos, sobre contratos etc.). No plano micro, analisam-se as instituições de governança, entendidas como arranjos institucionais entre unidades econômicas que regulam a forma pela qual essas unidades podem cooperar ou competir. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 13).

Nesse aspecto, será observado nesta tese quais as implicações sob a perspectiva econômica que há na coexistência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente do Projeto de Novo Código Comercial e possibilidade de que tal princípio, da forma como se encontra na proposição, interfira de forma negativa em relação aos custos de transação incidentes sobre tais contratos.

Nesse contexto, são algumas as vertentes de estudos existentes dentro da NEI, sendo adotada neste trabalho a teoria desenvolvida por Williamson (1985),

denominada Teoria dos Custos de Transação, ou TCT[12]. Tal teoria objetiva, em última análise, a diminuição dos custos de transação nas relações contratuais. Além disso, segundo esta teoria, determinadas instituições formais ou informais podem estimular a continuidade de relações contratuais e evitar conflitos entre as partes, o que também será aqui apresentado.

Para tal análise, serão desenvolvidos os conceitos fundamentais da Nova Economia Institucional, tais como o de Instituições, custos de transação, racionalidade limitada, oportunismo, incompletude dos contratos e os aspectos teóricos relacionados ao princípio da confiança e ao princípio da dependência econômica.

Os principais autores que deram suporte à análise da NEI foram Ronald Coase e Oliver Williamson. Como destacam Esteves e Mello:

> [...] para a Nova Economia Institucional a definição dos direitos é vista como fundamental para a determinação dos custos e benefícios associados ao uso dos recursos e a alocação destes entre indivíduos, estruturando os incentivos que determinam o comportamento econômico e, através deste, o desempenho econômico da sociedade, ou seja, instituições que definem e alocam os direitos afetam as decisões dos agentes e, assim, seu comportamento econômico. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 14).

Nessa perspectiva, como para a NEI há direta relação entre o sistema legal e o sistema econômico, ao se incorporar no ordenamento jurídico um sistema principiológico de proteção ao contratante economicamente dependente, interfere-se no comportamento individual das partes, posto que a confiança que as partes esperam em suas relações contratuais poderá ser afetada pela indevida interpretação judicial no que tange ao tratamento do contratante dependente.

Como destacam Esteves e Mello, "instituições formais e informais podem atuar no sentido de diminuir os custos de transação, ao diminuir os riscos de comportamentos oportunistas ou evitar impasses em torno da execução de um contrato." Possibilitam, assim, segundo as autoras:

---

[12] Williamson propõe avaliar as alternativas de formas organizacionais (estruturas de *governança*) por meio de uma análise institucional comparativa, em que custos e benefícios associados a cada uma das alternativas *factíveis* de organização sejam enfocados *comparativamente*. A ideia básica é que uma estrutura de governança apresenta um conjunto de atributos internamente consistentes – intensidade de incentivos, controles administrativos, regime jurídico e capacidade de adaptação –; as transações, que também possuem seus atributos (frequência, incerteza, especificidade de ativos) *"são alinhadas com estruturas de governança, que diferem nos seus custos e competências"* (Williamson, 2005:34). Na análise que será empreendida neste trabalho não haverá a utilização de estruturas de governança como solução para maiores custos de transação em relações contratuais.

> [...] que os agentes adotem decisões estratégicas na medida em que estabelecem parâmetros a partir dos quais serão possivelmente solucionados problemas contratuais, inclusive aqueles não previstos nas negociações prévias. Não obstante, a certeza não é inteiramente eliminada nem é absoluto o conhecimento racional das condições em que operam os mercados. Nesse sentido, assumem-se como pressupostos metodológicos de tal teoria a racionalidade limitada e o comportamento oportunista. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 14).

Em complemento, ou seja, nos contratos de colaboração, especialmente os de distribuição e franquia, tratados mais adiante com mais vagar, observar-se-á uma maior dependência econômica, especialmente pela longa duração de tais contratos e da impossibilidade de as partes anteverem todas as variáveis da relação.

Nesse ponto, a incidência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente da forma como se encontra disciplinado na proposição poderá ser um mecanismo hábil a impactar maiores custos de transação, posto que nessas situações as partes tenderão a criar maiores salvaguardas para proteção de seus direitos. Vale dizer, como já observado, que a proteção ao contratante economicamente dependente deve subsistir, mas não da forma como se encontra disciplinada no Projeto de Novo Código Comercial (PNCC).

No que tange à análise da NEI por Williamson, observa-se, com amparo em Conceição, que "tal autor se diferencia de Coase por centrar sua análise na racionalidade limitada, aliada ao oportunismo e às falhas do mercado, sendo esta última um produto não da incerteza, mas da reunião dos dois primeiros." (CONCEIÇÃO, 2000, p. 36).

O que se observa na teoria desenvolvida por Williamson é que as transações são a base para a análise do comportamento das pessoas e não apenas para mensuração de maiores ou menores custos delas decorrentes.

A partir dessa perspectiva, se o Projeto de Novo Código Comercial enuncia proteção ao contratante economicamente dependente de forma ampla, isso poderá conferir elevada carga interpretativa às situações que lhe serão submetidas, com a elevada incerteza dai decorrente, sendo possível dessumir que isso importará em maior limitação à racionalidade envolvida nos contratos firmados e maior incidência de oportunismo, o que, ao final, acarretará maior desconfiança e custos incorridos nas relações contratuais.

Sobre isso, Pimenta e Boglione, aduzem que:

> [...] o mencionado ator humano a que se refere Williamson em Why Law, Economics and Organizations?, sofreu mudanças desde a Teoria Neoclássica até a Teoria Neoinstitucionalista, ou Transactions Costs Economy. Naquela prevalecia o fator da hiper-racionalidade, o que foi alterado acertadamente, pelo fator da racionalidade limitada. Segundo Williamson, através desse fator os atores humanos buscam ser racionais, mas apenas conseguem sêlo de modo limitado. (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 266).

Assumindo-se, então, que as partes em uma relação contratual são racionalmente limitadas e que essa realidade possibilitará a existência de comportamentos oportunistas, a existência de um princípio aplicável aos contratos que conceda tratamento diferenciado à parte que for caracterizada como economicamente dependente deverá ser cercada de parâmetros claros sobre a forma e os limites de incidência de tal princípio e é isso que aqui se propõe.

Como se observa na transição da Teoria Neoclássica para a Teoria Neoinstitucionalista, o fator racionalidade dos indivíduos se desloca de um contexto ilimitado para outro limitado, destacando Pimenta e Boglione que:

> [...] o objetivo humano de maximização das relações contratuais, presente na Teoria Neoclássica é Substituído pelo de satisfação. A corrente que prega a racionalidade ilimitada e a maximização de utilidades ignora a existência de outros fatores que possam influenciar a tomada de decisões dos agentes em uma relação. (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 266).

Como será observado adiante, a partir do pressuposto de racionalidade limitada, pode-se dizer que, para se atingir o ideal de satisfação a que se refere a Teoria Neoinstitucionalista, o elemento de maior ou menor confiança exercerá papel fundamental, conquanto sua ausência ou incidência em menor grau será fator de desmotivação e de consequente ineficiência nas relações contratuais desempenhadas entre agentes econômicos.

A análise que deve ser realizada diante de tal cenário, então, envolve considerar a relação necessária entre normas e o comportamento dos agentes econômicos, ou, como bem expõem Sztajn e Zylbersztajn:

> O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o direito influencia e é influenciado pela Economia, e as organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 3).

Nessa perspectiva, como desenvolvido adiante, Economia e Direito moldam as instituições e estas transformam o sistema jurídico e a consecução de resultados econômicos. Nessa linha, as instituições, por seus efeitos sobre os custos de transação, afetam os efeitos esperados nas relações contratuais diante da maior ou menor incidência de confiança empregada pelas partes.

Com efeito, como destacam (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 3) instituições políticas e legais restringem as necessidades, as preferências e as escolhas dos atores econômicos. De acordo com esse pensamento, assume-se nesta tese a ideia de que a ação individual das partes em uma relação contratual não é soberana tal como seria sob a perspectiva econômica neoclássica, mas é influenciada pelas instituições, ou seja pelas normas existentes, pela postura do judiciário e até mesmo pelos costumes comerciais com o a confiança.

Outra preocupação assumida na NEI e demonstrada por Sztajn e Zylbersztajn (2005) é com o ataque aos problemas reais da sociedade. “Os economistas e cientistas sociais deveriam se preocupar com o mundo como ele é e não como, para alguns teóricos, deveria ser.” (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p.5).

Assim, por mais ousada que seja a proposta de se analisar nessa tese aspectos subjetivos e comportamentais como a confiança nas relações contratuais em que haja a aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, as noções que se colhem dessa reflexão não podem ser desconsideradas, sobretudo pela possibilidade de implicações no que tange aos custos de transação decorrentes de tais relações. Com efeito, destacam Sztajn e Zylbersztajn:

> Se formos capazes de criar instituições que reduzam os custos de transação, definidos como os custos de transferir, capturar e proteger os Direitos de Propriedade, então os indivíduos na sociedade se engajarão em transações para resolver os problemas alocativos desses direitos. O Estado tem o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando as condições para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 6).

Assim, a contribuição de Williamson parte da tentativa de demonstrar quais são os elementos que permeiam as relações de troca entre agentes econômicos que, para a presente tese, adota-se a nomenclatura de relações contratuais, pautando seu trabalho no papel das organizações como forma de coordenar e

minimizar os custos de transação, definidos como os custos de desenhar, monitorar e exigir o cumprimento de contratos.

3.3 Nova Economia Institucional e Análise Econômica do Direito

A história do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, como expõe Coelho, é apresentada sob a perspectiva de uma separação entre um primeiro período de pesquisas, compreendido entre 1940 e 1950, e a fase instaurada a partir de 1960, que veio hoje a refletir o núcleo central de trabalho da Escola da *Law and Economics*. Ressalta a autora citada que:

> [...] a "velha" Escola centrava seus estudos em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário, mas que em 1960, uma "nova" Escola rompe com essa tradição, ao utilizar a análise econômica para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, como, por exemplo, as regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, até mesmo, regras de Direito Penal e Processual. (COELHO, 2007, p. 4).

Para Esteves e Mello:

> [...] a escola da *Análise Econômica do Direito* representada por Posner, Polinsky, Calabresi, Becker entre outros, utiliza o instrumental desenvolvido pela teoria microeconômica para analisar os comportamentos de agentes, mesmo em situações fora do *mercado*. Tais teóricos partem da ideia de que as normas jurídicas criam *preços* implícitos para os vários comportamentos possíveis perante a lei (legais ou ilegais), e que *indivíduos racionais* se conduzirão, perante esses *preços*, como um consumidor diante de produtos a serem escolhidos de modo a maximizar seus próprios interesses. Nesse sentido, as consequências das normas jurídicas podem ser analisadas como respostas a esses preços *implícitos,* criados pelas normas. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 11).

Esteves e Mello afirmam que a abordagem da Análise Econômica do Direito "não poderia ser propriamente classificada como interdisciplinar, pois trata-se de uma metodologia fundamentalmente econômica sobre questões envolvendo normas jurídicas." (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 12). Sobre a Análise Econômica do Direito, as autoras afirmam que:

> Na análise normativa procura-se identificar arranjos institucionais-legais que tornem possível alcançar os objetivos "desejados" pelas normas. Exemplos desse tipo de estudo são os que analisam qual a combinação mais eficiente de sanção para um determinado comportamento + possibilidade de que

> essa sanção se efetive (incluindo aí os custos de administração e fiscalização) de modo a desestimular determinada conduta. Se a sanção é suficientemente grave, ainda que a possibilidade de se efetivar seja remota, o risco de ser apanhado pode desestimular a conduta, sem que o Poder Público necessite promover grandes gastos com fiscalização. Essa linha de pesquisa gerou um instrumental para análise e avaliação de políticas públicas, a partir do qual algumas vertentes desta escola desenvolveram a chamada análise normativa da Law & Economics, que visa a discernir os meios para fazer com que fins eficientes sejam alcançados por um sistema regulatório. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 12).

Embora o objetivo geral seja igual na NEI e na Análise Econômica do Direito (AED), o objeto de estudo e o enfoque são diferentes. Como destacam Sztajn e Zylbersztajn (2005), “na AED o objeto de estudo são as leis formais, e o propósito é usar a Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente.” (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005)

Essa literatura usa o critério de eficiência; a diferença está no objeto do estudo, as leis, que não são consideradas naquela literatura. Dessa forma, a literatura da Análise Econômica do Direito geralmente tem um enfoque normativo, isto é, visa a recomendar como a Economia e a sociedade deveriam ser organizadas.

Já a NEI, tem interesse no efeito das leis sobre o comportamento dos agentes econômicos e leva em conta também outras instituições além das leis, desde instituições informais e não escritas a costumes e normas, situando aqui um dos pontos de análise desta tese, no qual importa analisar como a confiança poderá afetar as relações contratuais, em especial em relação à proteção ao contratante economicamente dependente.

Outra diferença é que a NEI, embora não seja regra geral, tem um enfoque positivo, ou seja, ela visa a explicar o que causa o comportamento efetivamente observado na economia, o que também contribuirá para a análise aqui desenvolvida, na medida em que necessária é a análise sobre os fatores que motivarão a existência de maiores custos de transação a partir da adoção do princípio ao contratante economicamente dependente.

Cada uma das teorias ora comentadas possui evidente importância no que tange às implicações econômicas relacionadas com a criação ou com a aplicação das normas, sendo relevante notar que a linha de raciocínio que guiou a elaboração deste trabalho foi extraída, sobretudo, da NEI. No entanto, isso não

significa completo afastamento da teoria desenvolvida pela AED, uma vez que seus pressupostos também corroboram com as discussões aqui empreendidas no sentido de se buscar um comando normativo que torne as os contratos de colaboração mais eficientes.

Vale acrescentar que entre as duas teorias perpassam importantes discussões travadas entre Williamson e Posner em artigos publicados no *Journal Of Institucional and Theoretical Economics,* em 1993. Nesse contexto, segundo relatam Sztajn e Zylbersztajn:

> Posner compara as teorias da Nova Economia Institucional e da Análise Econômica do Direito, criticando aquilo que considera o caráter antiteorético da Nova Economia Institucional, por ele reconhecida como um conjunto de estudos de casos, ignorando, assim, a volumosa literatura quantitativa da ECT. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 10).

Segundo Sztajn e Zylbersztajn (2005), Posner afirma que as duas escolas têm origem em Coase e destaca que Williamson constrói sua teoria sobre a base neoclássica e critica a Economia dos Custos de Transação por considerar que ela nada adiciona a outras teorias existentes, finalizando com a afirmação de que a Nova Economia Institucional é uma coletânea de estudos de casos e não uma teoria.

Em resposta, Williamson, citado por Sztajn e Zylbersztajn, afirma que “Posner, assim como a maioria dos economistas, não está interessado na análise das organizações, mas, sim, apenas dos mercados.” (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 10). Além disso, Williamson considera que a economia omite o papel das instituições e ressalta a contribuição de Macneil no que tange aos contratos relacionais, sobre os quais serão analisados adiante no capítulo sobre os contratos de colaboração.

Em complemento, Williamson introduz fortemente a necessidade de mais uma dimensão ao debate envolvendo as organizações. A sugestão de combinar Direito, Economia e Organizações para o estudo da lei, tal como ela é, provém daí. A proposta de uma teoria positiva é completada pela ideia de que existem várias maneiras de fazê-lo, sendo a Economia dos Custos de Transação (ECT) uma delas, que se preocupa com o papel das instituições.

A teoria que sustenta a Análise Econômica do Direito parte da análise da norma como estrutura de incentivos no contexto econômico, ou, como destaca

Florenzano, “a teoria visa explicitar os efeitos do direito, sobretudo das sentenças judiciais sobre a economia”, o que não afasta a necessidade de se explorar, como o faz a NEI, os aspectos relacionados aos efeitos econômicos dos ajustes contratuais desenhados pelas partes (FLORENZANO, 2004, p. 38), como se deseja nesta tese.

Como Destacam Sztajn e Zylbersztajn:

> [...] a crítica ao enfoque da Análise Econômica do Direito está no fato de que se as cortes são eficientes, qual seria a razão para agentes se esmerarem no desenho e escolha dos termos contratuais? Na presença de custos positivos das cortes e de potenciais vieses, a lógica privada, ou seja, o desenho de contratos em que os agentes definem mecanismos privados que evitem ou resolvam as disputas passa a ser importante. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 110).

No que tange à análise aqui empreendida, a questão ganha especial relevo, já que, como será observado, nas relações contratuais com a incidência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente as partes deverão estruturar seus termos contratuais com maiores salvaguardas.

4 SOBRE A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A teoria em tela é a principal teoria da NEI e foi desenvolvida por WILLIAMSON (1975; 1971; 1985), partindo dos trabalhos de Coase (1960). Tal teoria demonstra que as firmas são resultado da busca pela minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos

Pinheiro e Saddi asseveram que:

> [...] os custos de transação compreendem a realização de cinco atividades: a busca pela informação, a atividade de negociação, a realização e formalização dos contratos, o monitoramento dos parceiros contratuais, e a correta aplicação dos contratos. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62).

A teoria dos custos de transação tem como pressupostos comportamentais básicos a racionalidade limitada e o oportunismo (busca do interesse próprio com malícia), ambos presentes nas ações dos agentes econômicos, complementando Breitenbach, Brandão e Souza que:

> São estes pressupostos a respeito da competência cognitiva dos agentes e das suas motivações que provocam o surgimento de custos de transações. É devido à limitação de racionalidade que os agentes econômicos são incapazes de prever de forma antecipada e estabelecer medidas corretivas para qualquer evento que possa ocorrer acerca da futura realização da transação. Portanto, as partes envolvidas devem levar em conta as dificuldades derivadas da compatibilização das suas condutas futuras e de garantir que os compromissos sejam honrados dentro da continuidade da sua interação. (BREITENBACH; BRANDÃO; SOUZA, 2009).

Como impera a limitação de racionalidade entre os agentes em uma relação contratual, é evidente que a eles não será dada a possibilidade de preverem de forma antecipada e estabelecer medidas corretivas para qualquer evento que possa ocorrer acerca da futura realização da transação. Nesse sentido, as partes envolvidas nesse tipo de relação devem considerar as dificuldades que podem advir de comportamentos futuros com o objetivo de garantirem que as avenças existentes serão cumpridas dentro da base negocial inicialmente estabelecida.

Em relação ao tema objeto desta tese, é oportuno dizer que a racionalidade limitada nos contratos empresariais não é tão limitada quanto nos contratos regidos pelo direito civil e do consumidor. Todavia, mesmo nos contratos empresariais de colaboração, as partes não possuem meios para prever todas as variáveis possíveis na relação.

Isso se soma ao fato de nos contratos de colaboração, os quais são os únicos em que se entende existir a possibilidade de incidência de dependência econômica, serem estruturados por longos períodos e com cláusulas mais amplas, o que os torna um fértil terreno para a incidência de maiores custos de transação, seja pela incidência de comportamentos oportunistas ou pela quebra do dever de confiança das partes.

Sobre isso, tão temerária quanto a incidência do princípio da proteção ao contratante dependente aplicável de forma ampla a todos os contratos empresariais é a inexistência de um parâmetro interpretativo aplicável aos contratos de colaboração.

Cooter e Ulen se referiram aos custos de transação como sendo, em sentido estrito como o tempo e o esforço requisitados para levar a um bom fim uma transação e, em sentido amplo, todos os gastos necessários para negociar e fazer valerem os acordos, incluindo os custos de informação necessários para formular uma estratégia de contratação, o tempo gasto no ato de comerciar, o custo de prevenção de eventuais incorreções dos atos das partes. (COOTER; ULEN, 2010, p. 105).

Um conceito elementar da Economia dos Custos de transação diz respeito ao fato de que, em regra, os contratos possuem um grande potencial de problemas futuros, já que as partes em tais relações não possuem instrumentos para prever todas as variáveis possíveis que poderão surgir. Isso é ainda mais evidente quando se estuda os contratos de colaboração, sobre os quais será dedicada atenção especial adiante.

Nesse contexto, já que as lacunas contratuais são inevitáveis, segundo Sztajn e Zylbersztajn:

> Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais, para disciplinar o preenchimento das lacunas. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p.8).

Segundo, Pimenta e Boglione:

> O principal interesse da Teoria dos Custos de Transação é baratear as relações contratuais que se baseiam em investimentos em ativos específicos. A transação mais eficiente será aquela na qual o agente investe em ativos mais específicos ao mesmo tempo em que outro agente cria mais

> salvaguardas na tentativa de plena satisfação da relação. A função das salvaguardas, pois, é de reduzir os custos de transação, reduzindo o preço com que o bem ou o serviço é colocado à disposição no mercado. Exemplos de salvaguardas são a lei e o judiciário. Porém, não são os únicos. As garantias reais em caso de inadimplência e mecanismos que ajudam a divulgar a reputação das partes, como SPC e SERASA – se encaixam perfeitamente nesse rol. (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 270).

Isso se mostra ainda mais evidente nas situações envolvendo os contratos de colaboração, cujas características perpassam pela necessidade de serem estruturados de forma mais ampla e por longos períodos de tempo ou por prazo indeterminado, sendo a confiança um elemento estruturador dessa relação, já que impossível às partes anteverem todos os desdobramentos relacionais que poderão advir, sendo possível a adoção de comportamentos oportunistas tanto pela parte supostamente dependente, quanto pela parte que detém o poder econômico.

Desde já é possível notar que até mesmo as normas informais têm o condão de trazer implicações aos custos de transação, por se refletirem no ambiente institucional, podendo-se dizer que o princípio da confiança, com todos os desdobramentos observados neste trabalho, também é capaz de influenciar esse contexto.

A confiança atua como uma salvaguarda natural ao sistema dos contratos incompletos, servindo como mecanismo apto a gerar a diminuição dos custos de transação na medida em que diminui o ambiente de incertezas que é inerente às relações duradouras estabelecidas nas trocas comerciais. Segundo Sztajn e Zylbersztajn:

> As estruturas de governança e as formas organizacionais, segundo a ECT, são condicionadas pelo ambiente institucional vigente, especificamente no que se refere às regras formais e informais às quais estão sujeitos os agentes envolvidos em uma transação. Estas regras influenciam na formação das estruturas de governança na medida em que regulam e regem a interação entre os agentes, por meio de leis, regulamentações, regras de conduta, hábitos culturais, entre outros. Com isso, busca-se a redução de incerteza entre os agentes e, também, a limitação dos termos da negociação, tais como quantidade, preço e forma de entrega do produto. Além disso, a confiança estabelecida entre as partes bem como a assimetria de poder na relação, são importantes determinantes das estruturas de governança. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, grifamos).

Como destaca Masten:

> Finalmente, economistas estudiosos dos custos de transação enfatizam o uso de contratos para reduzir vários custos em transações, especialmente, barganha ex post e custos inerentes à demora na negociação em

> transações que são apoiadas por contratos em relações específicas (Williamson, 1975, 1979; Klein, Crawford, and Alchian, 1978) e avaliações prévias e custos de execução em contextos nos quais a informação adicional serve simplesmente para redistribuir ao invés de expandir o superávit disponível(Kenny and Klein, 1983; Goldberg, 1985). Ao mesmo tempo em que a essência de contratar é o compromisso, o desenho e interpretação de acordos contratuais vão depender de qual destes três motivos prevalece. (MASTEN, 1998, tradução nossa).[13]

Por oportuno, a relação entre a incompletude contratual e os reflexos no âmbito dos custos de transação mereceu especial análise nos estudos empreendidos por Saussier, que sobre isso afirma que:

> A abordagem em termos de custos de transação analisa o nível de incompletude do contrato como um dado endógeno sob restrições exógenas impostas aos atores, mas também as suas próprias limitações (racionalidade limitada), que os obrigam a considerar o risco tem que completar (talvez inadequadamente) um contrato em que o futuro é incerto. A abordagem em termos de custos de transação, portanto, fornece a base para a incompletude contratual que permitem análise significativa do nível de incompletude dos contratos (ver a análise empírica Crocker e Masten [1991] Crocker e Reynolds [1993] e Saussier [2000a], [2000c]). (SAUSSIER, 1999, tradução nossa).[14]

Como sugere Azevedo, as análises que partiram do pressuposto de que as pessoas, ao contratarem, possuem limites de cognição naturais que as impedem de saberem todos os desdobramentos que poderão advir daquela relação, também mostraram que “o desenho dos contratos era um dos principais fundamentos do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas.” (AZEVEDO, 2005, p. 114).

Como destacam Aguilar Filho e Fonseca, os custos de transação podem ser divididos em dois tipos.

---

[13] “Finally, transaction cost economists emphasize the use of contracts to reduce various costs of transacting, especially, ex post bargaining and “holdup” costs in transactions supported by relationship-specific investments (Williamson, 1975, 1979; Klein, Crawford, and Alchian, 1978) and ex ante sorting and search costs in contexts where additional information serves merely to redistribute rather than expand the available surplus (Kenny and Klein, 1983; Goldberg, 1985). While the essence of contracting is commitment, the design and interpretation of contractual agreements will depend on which of these three motives dominates.”

[14] “L'approche en termes de coûts de transaction analyse le niveau d'incomplétude du contrat comme une donnée endogène, découlant des contraintes exogènes qui s'imposent aux acteurs, mais aussi de leurs propres limites (rationalité limitée) qui les obligent à considérer le risque qu'il y a à compléter (peut-être de manière inadéquate) un contrat alors que le futur est incertain. L'approche en termes de coûts de transaction donne donc des fondements à l`incomplétude contractuelle qui permettent une véritable analyse du niveau d'incomplétude des contrats que l'on observe (voir les analyses empiriques de Crocker et Masten [1991] ; Crocker et Reynolds [1993] et Saussier [2000a], [2000c]).”

> Os primeiros são os custos de mensuração (e outros surgidos antes que a transação seja concretizada), que se relacionam às dificuldades dos agentes em definir claramente o objeto da transação. Os segundos são os custos de *enforcement* (ou seja, os vinculados com a efetivação daquilo que foi pactuado), que por sua vez vinculam-se, entre outras coisas, à incerteza que os agentes têm com relação à propriedade do bem a ser trocado, e, portanto relacionam-se com problemas de legitimidade da transação a ser efetuada. (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 89).

No que tange à discussão apresentada nesta tese, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente será, caso seja aprovado seu texto como consta no Projeto de Novo Código Comercial, um elemento estimulador desse ambiente de incerteza que obrigará as partes a tomarem medidas preventivas, objetivando minimizar interpretações que possam conduzir ao aumento da incerteza inerente às relações contratuais. Do mesmo modo, caso tal princípio não seja minimamente positivado, o mesmo ambiente de incerteza poderá continuar existindo.

Como observado, a incerteza é uma propriedade das transações que exerce influência sobre as características das organizações. Para Kupfer, “a incerteza, na economia neoclássica, é considerada como informação incompleta ou imperfeita, o que faz com que os agentes se comportem de forma racional.” (KUPFER, 1992). Na incerteza não há como as partes anteverem todos os riscos que podem advir de uma relação contratual.

Esta questão gera um problema de previsibilidade frente ao futuro, pois as partes em uma relação contratual formam expectativas de longo prazo, as quais são fundadas em um estado de confiança que é subjetivo e volátil, podendo tais expectativas serem profundamente alteradas em função das circunstâncias que se afigurarem a partir da aplicação do princípio do contratante economicamente dependente e pela incidência de comportamentos oportunistas.

Além da incerteza que é inerente às relações contratuais, Azevedo destaca outros dois atributos que definem as transações, sendo eles “a frequência com que tais transações ocorrem e a especificidade dos ativos envolvidos em tais relações.” (AZEVEDO, 2005, p. 129).

Muito embora não seja objeto de maiores reflexões nesta tese, a frequência de ocorrência de um certo tipo de transação deve ser analisada, ainda que brevemente, pois pode determinar surgimento de instituições especificamente desenhadas para sua coordenação e a sua gestão. Quanto maior for a frequência de

realização da transação, maiores serão os incentivos para o desenvolvimento de instituições estruturadas com o intuito de geri-las de modo eficaz.

A esse respeito, como destaca Williamson, “quanto mais se realiza uma determinada transação, mas há a possibilidade de que a firma internalize essa etapa de sua produção.” (WILLIAMSON, 1985, p. 90,94), já que, com a internalização dessas operações, as incertezas serão minimizadas e a empresa terá menores riscos na transação.

No entanto, há que se dizer que tal solução não está imune à incidência, é claro, de elevados custos de transação, posto que, ao se internalizar a realização de um dos processos de produção, as empresas deverão realizar todos os investimentos necessários para suportar a nova estrutura empresarial, o que perpassa por um delicado processo de análise financeira com o objetivo de definir qual estrutura afigura-se mais rentável do ponto de vista econômico.

Araujo e Martins destacam que

> [...] a indústria de carnes refrigeradas no Brasil tem procurado diminuir o número de empresas transportadoras com as quais negocia, mas não o número de caminhões, para diminuir os custos associados a essa transação. Dessa forma, as empresas objetivam aprimorar o nível de serviço, viabilizando uma melhoria no monitoramento e controle do desempenho dos prestadores do serviço. (ARAUJO; MARTINS, 2001 apud MARTINS; XAVIER; SPROESSER, 2010, p. 413).

No que se refere à especificidade dos ativos, trata-se de uma circunstância comum nos contratos de colaboração, tratados com mais vagar adiante, sendo possível dizer que este é um fator contratual capaz de impactar os custos de transação, sobretudo em função da dependência econômica que decorre de tais relações.

Em outros termos, a especificidade dos ativos faz com que exista entre as partes um elevado vínculo de dependência, o qual demonstra que, para se atingir os objetivos desejados, uma parte dependerá primordialmente da existência da outra, como é muito comum ocorrer nos contratos de distribuição e franquia.

Com efeito, se uma parte em uma relação contratual depende sobremaneira de um ativo detido por outra, pode-se considerar a possibilidade de que a detentora deste ativo – seja ele um produto, uma marca ou até mesmo uma tecnologia – poderá se sentir estimulada a adotar comportamentos oportunistas contra a outra parte.

Isso, somado ao ambiente de incerteza sobre o qual se discorre, evidencia uma maior preocupação com a possibilidade de que a expectativa de uma das partes não venha a se concretizar, resultando em transações voláteis e geradoras de elevados custos de execução.

Partindo, então, da premissa de que a estrutura da lei deve ser escolhida de modo que os custos de transação sejam minimizados, já que isso promoverá resultados econômicos mais eficientes, é de se indagar como o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, aplicável a todos os contratos empresariais, na forma do Projeto de Novo Código Comercial, ou sua exclusão, como sugerido no Parecer apresentado pelo deputado Alexandre Baldy, poderá influenciar as relações contratuais travadas entre empresas.

5 RACIONALIDADE LIMITADA

A racionalidade limitada e o oportunismo são dois elementos que se entrelaçam e justificam a possibilidade de contratos incompletos terem um elevado potencial de geração de custos de transação.

No que tange aos contratos de colaboração, a racionalidade limitada é um fator que naturalmente já enseja um ambiente de maior insegurança jurídica. Se somar-se a isso a adoção do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente da forma como ele se encontra no PNCC, as partes tenderão a estruturar suas relações com maiores salvaguardas[15], disso resultando os efeitos que analisaremos a seguir.

No mesmo sentido, a ausência total do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, aliado ao fato de que contratos de colaboração são evidentemente incompletos, poderá ensejar, do mesmo modo, condutas não desejadas no âmbito contratual, especialmente com a utilização de comportamentos oportunistas.

Como será analisado adiante, assumimos nesta tese que, nos contratos empresariais, a racionalidade dos empresários não é tão limitada quanto o é no ambiente dos contratos regidos pelo direito civil e do consumidor. Assumimos tal posição em função de algumas premissas, dentre as quais destacamos o fato de ser inerente ao exercício das atividades empresariais o risco e a necessidade de que seus administradores antevejam minimamente a possibilidade de situações adversas. Ocorre que, no âmbito dos contratos de colaboração, tais verdades devem receber uma leitura pautada no grau de dependência econômica existente entre as partes.

Além disso, sustenta-se que o lucro objetivado por tais pessoas é um fator que justifica a necessidade de um tratamento menos paternalista por parte do legislativo e do judiciário.

North *apud* Gala aduz que:

[15] Como será observado, nos contratos de colaboração, por mais que seja desejável a inserção de salvaguardas com o objetivo de minimizar os riscos da avença, pela sua natural incompletude, somada aos longos períodos de vigência, torna-se quase impossível a elaboração de mecanismos de proteção contratuais.

> [...] a partir do momento em que os agentes não conhecem o mundo sobre o qual devem decidir, passam a construir realidades subjetivas dele e a atuar sob estas. Racionalidade não significa aqui atingir uma situação ótima, mas sim agir da maneira mais razoável possível na busca de determinados fins, dada a pobreza informacional. Na melhor das hipóteses, os agentes podem tentar aproximar sua visão de mundo — ideologia nos termos de North — da própria realidade objetiva. (NORTH apud GALA, 2003, p. 94).

O pressuposto da racionalidade limitada é um importante fundamento para o princípio da confiança que aqui se defende como inerente às relações contratuais. Conforme se infere das lições acerca da racionalidade limitada, não é possível que nos contratos de colaboração sejam fixadas todas as salvaguardas necessárias para assegurar o integral cumprimento da avença, sobretudo diante da possibilidade de existência de comportamentos oportunistas.

Sendo assim, partindo-se da premissa de que tais contratos são de fato incompletos e que a racionalidade das partes é limitada, a confiança, aliada a um sistema legal e judicial coerentes com os direitos dos credores, seriam fatores que, somados, determinariam a realização das transações de trocas com menores custos de transação.

Nessa mesma linha, se os contratos de colaboração pelas suas próprias características não permitem que as partes antevejam todos os riscos que podem advir do negócio, é natural que, no instante da formação da avença, todos os integrantes assumam os riscos inerentes a esta qualidade de contrato, o que se entende ser um elemento que justifica a incidência de proteção ao contratante economicamente dependente apenas se houver comportamentos claramente contrários à natureza colaborativa de tais contratos.

A esse respeito, como será visto adiante, defende-se nesta tese a necessidade de que as obrigações das partes em tais contratos sejam interpretadas não apenas à luz de tudo que se sabe em relação à boa-fé objetiva, mas sobretudo em função da dependência econômica que pode fazer eclodir comportamentos oportunistas, devendo tais comportamentos ser avaliados sob a perspectiva colaborativa de tais pactos. Ou seja, defende-se aqui que em tais contratos a princípiologia da boa-fé seja conjugada com as características dos contratos de colaboração, de forma a permitir que à parte vitimada por comportamentos oportunistas seja conferida especial proteção.

Por outro lado, tem-se assumido nesta tese a posição de que a racionalidade dos agentes econômicos que atuam no meio empresarial também pode ser limitada

em função de diversos fatores. Contudo, pela própria condição que tais partes ostentam, não é correto que lhes seja concedida proteção tão ampla e semelhante àquelas existentes em relação aos consumidores.

Assim, é de se reconhecer que, nos contratos de colaboração, a possibilidade de dependência econômica e de comportamentos oportunistas são fatores recorrentes.

Zylberstajn demonstra que um dos pontos trabalhados por Williamson em sua teoria

> [...] é a inserção do pressuposto de racionalidade limitada, demonstrando que a noção de racionalidade plena que dá base à Teoria Neoclássica da firma não apenas não adere à realidade como também não permite construir um modelo trabalhável de firma. (ZYLBERSTAJN, 1995, p. 8).

Isso se justifica a partir da ideia de que as partes em uma relação contratual possuem, como em qualquer relação social, limites cognitivos e de linguagem, sendo importante que as partes tentem se antecipar às eventualidades futuras. Nesse contexto, Conceição ao discorrer sobre o ambiente de incerteza que circunda as relações contratuais, afirma que:

> Esse argumento explica que as hipóteses de comportamento da Nova Economia Institucional são descritas em termos mais realistas, que as utilizadas na análise econômica tradicional. Williamson afirma que muitos estudiosos outsiders, especialmente físicos, têm insistido que cada vez mais é necessário compreender as ações dos agentes humanos em termos de autoconhecimento de como funciona a mente dos homens, com o que concorda Simon. Portanto, para a Nova Economia Institucional o processo de cognição humana está sujeito à racionalidade limitada, definida como comportamento que é intencionalmente racional, mas apenas limitadamente assim. (CONCEIÇÃO, 2000, p. 38).

Segundo Pimenta e Boglione:

> De acordo com os estudos de Calabresi, as pessoas não possuem informação nem conhecimento suficientes para fazerem escolhas perfeitamente racionais; e, se mesmo possuírem, elas sofrerão de algo que ele denomina optimism bias (ou tendência otimista), ou seja, sempre acreditarão que coisas ruins acontecem somente com outras pessoas. Calabresi também considera que os agentes são incompetentes para analisar a viabilidade de se obter benefícios a curto prazo em detrimento de altos custos futuros, como acontece no Dilema do Prisioneiro, ou seja, por exemplo, se a sociedade e o Estado lutam para acabar com a miséria, as pessoas não economizarão hoje, pois que, no futuro, esperarão ser ajudadas a saírem da pobreza. (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 267).

Nesse passo, surge a noção trabalhada por Williamson (1985) sobre o oportunismo, entendido como “a busca do auto interesse com avidez”, sendo oportuno destacar que o pressuposto não é de que todos os indivíduos sempre agirão de forma oportunística, mas que tal comportamento poderá ser influenciado por certas circunstâncias contratuais. Como tem-se sustentado, tais circunstâncias podem se dar pela aplicação indiscriminada do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente e também pela existência de comportamentos oportunistas.

Ou seja, o oportunista sempre poderá agir diante de uma “oportunidade” de obtenção de uma vantagem contratual sobre outra parte, sobretudo quando o ordenamento jurídico se estabeleça de forma a estimular tal comportamento, sendo um mero exemplo desse tipo de situação o que se vivencia no Brasil a partir daquilo que se passou a denominar “industria do dano moral”.

O ponto que interessa em relação a essas noções que se apresentam diz respeito especialmente às atitudes que poderão vir a ser tomadas pelas partes diante da especial proteção ao contratante economicamente dependente ou da ausência absoluta de tal proteção. Nesse contexto, é evidente que, em qualquer relação contratual sinalagmática, haverá de ambas as partes a busca de condições que mais lhes favoreçam, sendo essa uma decorrência natural de tais relações.

Nesse sentido, tem-se defendido que a proteção ao contratante economicamente dependente aplicável a todos os contratos empresariais é um equívoco, pois nos contratos empresariais de sociedade e de intercâmbio, as partes não são dependentes economicamente e têm uma previsibilidade evidente sobre os riscos do negócio. Todavia, nos contratos ditos de colaboração, a proteção aplicada sob os postulados da confiança poderá evitar a incidência de comportamentos oportunistas normalmente existentes nos contratos de colaboração.

Isso significa que a proteção ao contratante economicamente dependente não é um mal em si mesma, mas deve ser aplicada apenas naquelas situações envolvendo contratos de colaboração nos quais haja a incidência de desvio de comportamentos pela outra parte.

Neste ponto, poder-se-ia indagar se a principiologia da boa-fé objetiva já não seria suficiente para acolher os problemas advindos de ocorrência de comportamentos oportunistas. A esse respeito, será observado adiante que os contratos de colaboração exigem uma releitura da boa-fé objetiva, especialmente

aplicável às situações em que, aparentemente, as partes agiram dentro de tais contornos, mas que, por algum motivo, fugiram aos deveres especiais que decorrem da relação de colaboração.

Em complemento, a proteção ao contratante dependente também não pode ser um estímulo ao descumprimento das avenças, ou seja, a parte que será beneficiada pela proteção ao contratante economicamente dependente poderá se sentir estimulada a resolver ou pedir a revisão do contrato existente caso vislumbre que o judiciário tem sido benevolente com pessoas que se encontrem na mesma posição jurídica. Por outro lado, a parte que detém o poder econômico poderá se valer deste poder para abusar da sua posição jurídica em detrimento da parte dependente.

Nesse plano, destaca Zylberstajn “algumas características dinâmicas dos contratos, tais como aspectos de tradição, confiança, relações familiares e ambientes sociais coercitivos das ações oportunísticas.” (ZYLBERSTAJN, 1985, p.18).

Como apresentado por Williamson (2005), a ECT considera que o “comportamento estudado exerce profunda influência sobre as relações desenvolvidas pelas firmas.” Considera ainda que os atores humanos “são sujeitos à racionalidade limitada, diferentemente da perspectiva de hiper-racionalidade que dá base à economia ortodoxa.”

Nesse sentido, o objetivo primordial nas relações contratuais deveria ser, na feliz expressão de Williamson (1985), “o desenho de acordos de confiança”. Nesse contexto, poderá ser necessário o “monitoramento dos contratos em curso ou a inclusão de salvaguardas por meio de cláusulas específicas”, o que evidentemente implicará em maiores custos às partes.

A resposta da ECT em relação à racionalidade limitada funda-se, pois, na máxima sobre a qual todos os contratos complexos são, inevitavelmente, incompletos.

Diante de tudo isso, é possível concluir que a racionalidade limitada é uma máxima a ser observada em qualquer relação contratual que se protraia no tempo e em função da qual as partes deverão se antecipar com o objetivo de minimizar contingências futuras.

Para a análise desenvolvida nesta tese, a racionalidade limitada somada à evidência de que contratos são de fato incompletos permite concluir que a base que

as partes utilizam para desenhar seus “acordos de confiança” poderá ser afetada em função da incidência irrestrita do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente e também de sua ausência absoluta, sendo ambas as situações capazes de implicar no aumento da imprevisibilidade de que as partes se utilizam na formação de seus contratos, sobretudo pela possibilidade de interpretações equivocadas.

6 INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS

A teoria dos custos de transação, já abordada, diferencia-se da teoria da incompletude dos contratos, como sugere Saussier (1999)[16], podendo se colher do confronto entre tais teorias que, diante da impossibilidade de previsão de todas as salvaguardas necessárias em um contrato ou mesmo diante da constatação inexorável de que não há como prever todos os desdobramentos em tal relação, tais custos podem ser alterados face ao ambiente de incerteza ou de ausência de confiança, como temos sustentado nesta tese.

Nesse cenário, muito embora as teorias possam ser diferenciadas no que tange aos seus aspectos fundamentais, elas se complementam na medida em que a incompletude dos contratos dará sustentação para as discussões apresentadas na teoria dos custos de transação.

Na verdade, como bem destaca Saussier, a Teoria dos Contratos em economia é analisada em termos de análises econométricas em três perspectivas distintas, sendo elas a Teoria da Duração dos Contratos, a Teoria da Cláusula de Preço e a teoria que nos interessa neste trabalho, qual seja, a Teoria da Incompletude dos Contratos. Segundo a autora:

---

[16] Il est cependant important de noter une certaine evolution de la position de Williamson ces dernières années. Ainsi si Williamson, dans ses écrits plus récents, réitère ses affirmations (Williamson [1996], pp. 372-373), il note aussi certaines différences entre les deux approches (Williamson [1991b)]; [1996], p. 12 ; Williamson et Masten [1995]) pour arriver plus récemment, à une position véritablement critique à l'égard de la théorie des contrats incomplets (Williamson [1999], [2000]). De plus, certains auteurs insistent sur le fait que la théorie des coûts de transaction est une théorie des contrats à part entière (Kreps [1996]; Masten [1997], [1999]), distincte de la théorie des contrats incomplets sur bien des points (Tirole [1999]). De même, les fondateurs de la théorie des contrats incomplets font maintenant remarquer que leur approche diffère notablement de la théorie des coûts de transaction (Hart [1995]). La question de la similitude et même de la compatibilité de ces deux axes théoriques n'est donc pas aussi tranchée qu'il y paraît et mérite de ce fait d'être posée. Il semble alors utile de saisir l'originalité de ces deux approches, leurs oppositions ainsi que leurs possibles complémentarités. **Tradução:** É importante notar algumas evolução na posição de Williamson em anos recentes. Nesse sentido, se Williamson, em seus últimos escritos, reitera sua crença (. Williamson [1996], pp 372-373), ele também observa algumas diferenças entre as duas abordagens (Williamson [1991b)]; [1996], p. 12; Williamson e Masten [1995]) para chegar mais recentemente, uma posição verdadeiramente crítica no que diz respeito à teoria dos contratos incompletos (Williamson [1999] [2000]). Além disso, alguns autores insistem que a teoria dos custos de transação é uma teoria contratual autônoma (Kreps [1996]; Masten [1997], [1999]), separada da teoria dos contratos incompletos em muitos Pontos (Tirole [1999]). Da mesma forma, os fundadores da teoria dos contratos incompletos estão agora reconhecendo que sua abordagem é substancialmente diferente da teoria dos custos de transação (Hart [1995]). A questão da semelhança e mesmo da compatibilidade desses dois eixos teóricos não é tão clara como parece e, portanto, merece ser analisada. Parece, portanto, útil compreender-se a originalidade dessas duas abordagens, a sua oposição e suas possíveis complementaridades. (FARÈS; SAUSSIER 2002, p. 195).

> Estudos empíricos sugerem que quanto mais incerto é o ambiente, mais as partes em um contrato renunciam a termos contratuais mais fáceis de implementar e precisos, para ajustar cláusulas mais amplas e flexíveis, que não se limitam a especificar apenas os deveres de cada parte, mas também a estabelecer procedimentos para ajuste. (SAUSSIER, 1999, p. 218, tradução nossa).[17]

Um contrato é inevitavelmente incompleto quando não possibilita às partes *ex ante* prever quais serão os desdobramentos, seja em relação a informações sobre o negócio, seja em função de uma condição que só se verificará no futuro.

As razões que conduzem à incompletude dos contratos podem ser de diversas naturezas, a mais comum está ligada ao fato de que as condições do ambiente não podem ser antecipadas *ex-ante*.

Sobre os contratos incompletos, importantes as noções elencadas por Masten, segundo o qual:

> A teoria da incompletude contratual enfraquece a hipótese de racionalidade extrema da teoria da completude contratual e pressupõe que os limites na racionalidade, que tornam tribunais menos que totalmente oniscientes, aplicam-se às partes também: negociadores sofisticados, mas limitados pela racionalidade, irão omitir contingências quando os custos de antecipar, elaborar respostas ideais e prever provisões para eventos improváveis superam os ganhos esperados em eficiência ao fazê-lo. Divergências do ideal de Arrow-Debreu podem, então, surgir na teoria da incompletude contratual devido a falhas das partes contratantes em prever e prover contingências ao formularem seu acordo, ao invés de - ou em adição - à inabilidade dos tribunais de verificar o desempenho. (MASTEN, 1998, p. 6, tradução nossa).[18]

De fato, a incompletude dos contratos, como observado por Williamson (1985), traz toda sorte de incertezas às relações contratuais, podendo acarretar a formação de arranjos empresariais hierarquizados na tentativa de se eliminar a necessidade de contratação de fornecedores de insumos, o que evidentemente propicia a possibilidade de concentração empresarial. Ou seja, as empresas, diante

---

[17] Les études empiriques suggèrent que plus l'environnement est incertain, plus les parties renoncent à des termes contractuels précis et faciles à implémenter, pour passer à des clauses plus floues mais aussi plus flexibles, qui précisent de manière non exhaustive les devoirs de chacune des parties mais qui établissent aussi des procédures d'ajustement.

[18] Incomplete contract theory relaxes the extreme rationality assumption of complete contract theory and assumes that the limits on rationality that make courts less than fully omniscient apply to contracting parties as well: Sophisticated but boundedly rational transactors will omit contingencies when the costs of anticipating, devising optimal responses to, and drafting provisions for improbable events outweigh the expected gains in efficiency from doing so. Departures from the Arrow-Debreu ideal may thus arise in incomplete contract theory from failures of the contracting parties to foresee and provide for contingencies in formulating their agreement, instead of or in addition to the inability of courts to verify performance.

da possibilidade de contratos com grande potencial de incompletude, podem optar pela internalização da atividade, por exemplo, criando uma nova sociedade que atue no ramo daquele fornecedor que seria parte no contrato.

No entanto, muito embora essa seja uma hipótese, a incompletude dos contratos poderá interferir nas relações contratuais de duas maneiras. A primeira, fazendo com que as partes no contrato empresarial tenham maior noção do risco a que estarão sujeitas neste ambiente. Em outras palavras, diante da natural incompletude que os contratos de colaboração carregam, é razoável que as partes busquem mais informações sobre os riscos a que estarão sujeitas nesse tipo de relação e não possam, a despeito disso, buscar proteção contra eventuais frustrações decorrentes do risco normal do negócio.

A segunda maneira é em relação à confiança. Nesse sentido, se as partes estão diante de um contrato de colaboração no qual a incompletude é natural, é importante que se exija das partes um certo padrão de comportamento derivado, inclusive, do princípio da boa-fé objetiva, o que significa que um agir em desconformidade com esse padrão de conduta poderá ensejar a incidência de proteção ao contratante economicamente dependente com o objetivo de reequilibrar a relação existente.

Com efeito, os contratos de colaboração partem de uma estruturação que exige que suas cláusulas sejam desenhadas de forma mais ampla e, pela própria natureza da relação, as partes não têm como prever todos os desdobramentos das obrigações, dos preços dos produtos e de outras circunstâncias futuras. Além disso, não há como negar que, mesmo diante do profissionalismo que as partes empresárias possuem, não há como se antever e disciplinar todas as circunstâncias de risco nos contratos de colaboração.

Nessa perspectiva, Aguilar Filho e Fonseca aduzem que o pressuposto assumido pela NEI é que “os contratos são inerentemente incompletos, formulados em um ambiente de incerteza, com os agentes mesclando altruísmo e, em algum grau, comportamento auto-interessado e oportunista.” (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 557).

Trazendo o tema para o nosso ordenamento jurídico, observa-se que essas incompletudes incidentes sobre a relação contratual após a sua formação devem ser ajustadas de modo a reconduzir as partes à situação por elas idealizada, asseverando Fiuza que:

> Dessarte, a cláusula rebus sic stantibus consiste em se presumir norma, que não se lê necessariamente expressa, mas figura implícita em todo contrato de execução futura, segundo o qual os contratantes estão adstritos a seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias do ambiente conservem-se inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no momento da celebração. (FIUZA, 2004, p. 387).

Pimenta e Boglione aduzem que o "equilíbrio contratual buscado por essas teorias é de fato necessário para que a noção de justiça seja alcançada. Justo seria a eficiente satisfação de ambas as partes no que couberem seus termos contratados." (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 273).

Confrontando tais ideias com a temática desenvolvida nesta tese, observa-se que a teoria da imprevisão, analisada com mais vagar em capitulo específico, é tratada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça[19] de forma bastante limitada nas hipóteses envolvendo contratos empresariais, sobretudo pelo fato de que, em tais relações, muitas das condições supostamente imprevisíveis para o homem médio não o seriam para o empresário.

Isso significa que, mesmo diante da natural incompletude contratual nos contratos de colaboração, de fato não faz sentido a concessão de proteção simplesmente em função do fato de uma parte ser dependente da outra em termos econômicos. Com efeito, a proteção em muitas situações é necessária, mas há que se exigir, para sua aplicação, ter havido quebra da confiança ou comportamento oportunista contrários à natureza colaborativa.

Nesse sentido, também não faz sentido que simplesmente se exclua do âmbito dos contratos de colaboração proteção ao contratante dependente, como sugerido no parecer apresentado pelo deputado Alexandre Baldy, analisado no final deste trabalho.

Nesse âmbito, exatamente pelo fato de haver uma maior incompletude contratual nos contratos de colaboração é que se exige sejam tais contratos objeto de proteção específica, o que deve-se dar diante da adoção de comportamento oportunista ou evidente quebra da confiança.

Como destaca Pinheiro, a função da norma deve ser reduzir os riscos de inadimplemento, sem implicar custos elevados, o que não se vislumbra a partir da aplicação irrestrita do principio da proteção ao contratante economicamente

---

[19] Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (BRASIL. STJ. AgRg no Ag 1218506-PR. Relator: Massami Uyeda, 2009; BRASIL. STJ. Resp. 866414-GO. Relator: Nancy Andrighi, 2013).

dependente, nem tampouco no seu afastamento aos contratos de colaboração. Ainda segundo o autor:

> [...] quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato. Assim, a segurança jurídica permite que as partes reduzam os custos de transação envolvidos na negociação e elaboração dos contratos. (PINHEIRO, 2005, p. 7).

Nesse mesmo sentido, Azevedo citado por Pimenta e Boglione, destaca que "é por meio dos contratos que as pessoas buscam coordenar suas ações, realizando ganhos coletivos. Como as transações apresentam custos diversos, um contrato que atenue esses custos resulta em melhora de desempenho econômico e social." (AZEVEDO apud PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 274).

A questão que se coloca neste ponto seria a indagação sobre a necessidade de inserção do princípio da proteção ao contratante dependente no cenário dos contratos incompletos, já que em nosso ordenamento jurídico já existem mecanismos de proteção contra eventuais abusos.

Sobre isso, como se verá adiante, mesmo havendo evidente regramento normativo para se coibir o abuso de direito ou a ausência de boa-fé nas relações contratuais, entende-se que, no âmbito dos contratos empresariais, a discussão merece cuidado especial.

Dito isso, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente às relações contratuais empresariais, devidamente ajustado, poderá gerar maior eficiência em tais relações e menores custos de transação diante do ambiente de confiança que será resguardado.

Com efeito, busca-se com tais reflexões a adequação da proteção aos contratantes no âmbito empresarial, especialmente diante da adoção de comportamento oportunista, posto que isso poderá ser positivo ao ambiente de confiança e menores custos de transação.

Além disso, partindo-se do pressuposto teórico de que os contratos são incompletos, outro questionamento que se impõe é em relação aos fatores que podem aumentar ou diminuir o nível de incertezas inerentes aos contratos.

A esse respeito, dois são os pontos sustentados neste trabalho que marcadamente influenciam o aumento das incertezas. O primeiro se refere à

aplicação indiscriminada do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente a todas as relações contratuais assimétricas, e o segundo, em relação ao tratamento que será dado a tal princípio por parte do Judiciário.

Em relação a isso, pode-se dizer que a confiança como elemento inerente às relações contratuais colhida *ex-ante* será profundamente alterada em função das mudanças derivadas da aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente na forma como tal se encontra disciplinado.

No tocante ao comportamento oportunista, afirmam Aguilar Filho e Fonseca (2011) que este se deve principalmente às poucas virtudes cívicas existentes na sociedade, o que reflete, segundo ele, na formação de mais uma instituição informal que incidirá sobre as relações entre as partes, chamando-a de “capital social”.

Na definição de Putnam: “O capital social diz respeito a características da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuem para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas”. (PUTNAM, 1977, p. 177).

Como observado por Arida:

> [...] a predominância de formas de produção estruturadas através do mercado requer um sistema legal com efeitos calculáveis racionalmente pelas partes; a sobre-determinação dos contratos por considerações que não podem ser racionalmente calculadas pelas partes afeta negativamente a produção e o emprego. (ARIDA, 2005, p. 68).

Ou seja, ainda que não seja possível a existência de um contrato completo em termos de certeza quanto ao seu cumprimento, há que se desestimular a existência de instituições que possam, em última análise, afetar a confiança inerente às relações contratuais, sendo de todo desejável que haja uma estrutura normativa que informe aos agentes econômicos, ao menos em termos abstratos, quais mecanismos legais poderão ser utilizados para minimizar os efeitos de comportamentos oportunistas.

Nesse sentido, especialmente em relação aos contratos de colaboração, o princípio da proteção ao contrante economicamente dependente, se devidamente ajustado à realidade empresarial, pode ser um interessante mecanismo interpretativo aplicável aos contratos empresariais.

Williamson (1985) aduz sobre isso que a análise dos contratos incompletos no seu conjunto será facilitada pela superação do conceito acadêmico do contrato como

regra jurídica pela perspectiva do ordenamento privado e pelo questionamento sobre mecanismos através dos quais se logra economizar em custos transacionais. Isso significa que a análise econômica do contrato deve ser permeada pela reflexão acerca dos fatores que podem majorar ou minimizar os custos de transação.

Como demonstra Azevedo (2005), em situações de dependência econômica, o contrato vai além das operações comerciais que ele ajusta “e passa a representar um complexo de transações, em que os deveres não são todos explicitamente considerados, mas estão implícitos na relação econômica de interesse mútuo das partes.” (AZEVEDO, 2005, p. 129).

Por outro lado, já que os contratos de colaboração são essencialmente caracterizados pela existência de uma parte que se sobrepõe à outra, especialmente em termos econômicos, devemos aceitar que esta circunstância merece amparo jurídico para que abusos sejam evitados, sendo o princípio da proteção ao contratante dependente, devidamente ajustado, um importante vetor nesse sentido.

Por fim, partindo-se do pressuposto de que contratos de longa duração são de fato incompletos e não há como se evitar tal realidade, deve-se refletir se o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente encontra-se estruturado de modo a proteger a parte contratual que efetivamente esteja se sujeitando aos abusos perpetrados pela outra parte ou se tal princípio será apenas um veículo de aumento dos custos de transação e das incertezas em tais contratos.

7 COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

Diante do que se observou até o presente capítulo, o ambiente contratual é permeado pela evidência de que as partes não conseguem prever todos os comportamentos e circunstâncias que poderão afetar as condições por elas desejadas quando da formação da relação, sendo esta uma realidade que se justifica a partir do pressuposto da racionalidade limitada.

No âmbito desta tese sustenta-se que, nos contratos de colaboração, essa previsibilidade das partes sobre os desdobramentos da relação é ainda menos incidente, uma vez que são relações que normalmente se protraem por longos períodos com a utilização de cláusulas mais amplas e genéricas. Em função dessas características dos contratos de colaboração, a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas se evidencia.

O comportamento oportunista parte da definição de Williamson (1985, p. 47).[20] Para ele, tal comportamento é uma ação intencional "em que os agentes econômicos buscam os seus próprios interesses nas transações, agem em benefício próprio aproveitando-se de lacunas ou omissões contratuais em detrimento dos parceiros". Ele decorre da "manipulação estratégica da informação ou falseamento das intenções". Nesse tipo de comportamento, na sua forma "forte", a parte age de forma a trapacear a outra parte para atingir seus objetivos.

Forgioni (2012, p. 22) ao tratar das escolhas racionais dos agentes economicos, apresenta um interessante comentário. Segundo a autora, a economia trata das possíveis escolhas de tais agentes, aduzindo que mentir, enganar,

---

[20] By opportunism I mean self-interest seeking with guile. This includesbut is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing, and Cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both *ex ante* and *ex post* types are included. *Ex ante* and *ex post* opportunism are recognized in the insurance literature under the headings of adverse selection and moral hazard, respectively. The first is a consequence of the inability of insurers to distinguish between risks and the unwillingness of poor risks candidly to disclose their true risk condition. Failure of insureds to behave in a fully responsible way and take appropriate risk-mitigating actions gives rise to *ex post* execution problems. Both conditions are subsumed under the heading of opportunism. **Tradução:** "Por oportunismo, quero dizer buscas do próprio interesse*,* de forma dolosa. Isto inclui, mas dificilmente se limita a formas mais óbvias, como mentir, roubar e trapacear. O oportunismo mais frequentemente envolve formas sutis de dissimulação. Tanto a forma ativa quanto passiva, e tanto formas ex ante quanto ex post são incluídas. Oportunismo Ex ante e ex post são reconhecidos na literatura dos contratos de seguro sob os títulos de seleção adversa e risco moral, respectivamente. A primeira é uma consequência da incapacidade das seguradoras para distinguir entre riscos e falta de vontade de assumir leves riscos candidamente, revelando a sua condição de risco real. A segunda, relaciona-se à falha dos segurados de se comportarem de maneira totalmente responsável e tomar as medidas de redução dos riscos apropriados, dando origem a problemas de execução ex post. Ambas as condições estão compreendidas no que se denomina de oportunismo.

trapacear são ações esperadas se forem no interesse do indivíduo. Já o direito elege os modelos comportamentais adequados e busca sancionar aquelas condutas que fujam a essa estrutura.

Isso se relaciona com a questão dos contratos de colaboração na medida em que se apresenta nesta tese a possibilidade de um comportamento oportunista não ser necessariamente caracterizador da má-fé. Nesse sentido, importa saber quais os limites da atuação legitimamente considerada na esfera empresarial que, se ultrapassada, poderá fazer eclodir a proteção ao contratante dependente.

Williamson (1985, p. 49) ainda dentro da temática evolvendo o comportamento oportunista também informa o que seria o autointeresse simples "Simple Self-Interest Seeking". Segundo o autor, esta seria uma forma mais branda de comportamento oportunista, marcada pelo fato de que os contratos seguirão aquilo que ficou ajustado pelas partes. Todavia, em tais relações, deve-se considerar o egoísmo dos agentes na busca pelos seus próprios interesses.

De acordo com as lições de Conceição, o oportunismo consiste na busca pelo auto-interesse com astúcia. "O comportamento oportunista é exercido sob três formas: o manifesto, o sutil e o natural. O comportamento manifestamente oportunista é semelhante ao do Príncipe de Nicolau Maquiavel:" (CONCEIÇÃO, 2000, p. 39).

> Sabendo que os agentes econômicos com quem tratava eram oportunistas, foi alertado a se engajar na recíproca, rompendo contratos com impunidade, sempre que arbitrasse que as razões que mantinham o vínculo de obrigações não mais existiam. No sutil, ocorre o comportamento estratégico, descrito na forma de buscar ou perseguir o auto-interesse com sutileza ou astúcia. Na forma natural de oportunismo, o sistema é tratado de maneira marginal e as decisões são tomadas visando a auto-interesses corporativos. (CONCEIÇÃO, 2000, p. 39).

Nesse contexto, tais comportamentos oportunistas podem ocorrer, seja por parte de quem detém o poder de se sobrepor economicamente a outra parte, seja também por esta. A parte que detém o poder econômico, em função da sua condição, pode se aproveitar dessa condição na definição de termos contratuais mais favoráveis, de modificações comerciais durante a relação, na permissão de entrada de novos concorrentes, ou até mesmo na fixação de preços desvantajosos para a parte supostamente dependente.

Por outro lado, se sustenta nesta tese que também a parte vulnerável poderá adotar comportamentos oportunistas caso haja a aplicação desmedida do princípio da proteção ao contratante dependente. Nesse sentido, observamos que, em sendo dada abertura interpretativa e proteção excessiva à parte dependente, esta poderá se aproveitar dessa situação para colher vantagens não previstas na avença originária, com evidentes reflexos nos custos de transação, já que tais custos serão repassados pela outra parte aos preços dos produtos ou aos outros fornecedores ou franqueados.

Tendo isso como premissa, de acordo com a teoria dos custos de transação, haverá a incidência de maiores ou menores custos, diante das duas situações abrangendo o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente. Ou seja, se tal princípio for aplicado de forma ampla a todos os contratos empresariais, sem o devido cuidado, poderá haver aumento nos custos de transação, já que o ambiente de incerteza será bem amplo com a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas.

Do mesmo modo, afastar-se completamente a adoção do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente em relação aos contratos empresariais de colaboração também representa um risco e poderá ser um estímulo à adoção de tais comportamentos, já que o único parâmetro para coibi-los será o da boa-fé objetiva, que, como será observado, apesar de sua importância ao nosso ordenamento jurídico, carrega grande amplitude interpretativa e, nas relações empresariais, costuma ser mitigado em função do profissionalismo das partes.

Como se verá, o comportamento oportunista é um instituto criado no âmbito da teoria econômica denominada Nova Economia Institucional e que de alguma forma guarda semelhança com o instituto da má-fe. Todavia, observamos que o comportamento oportunista não é simplesmente um agir de forma contrária ao direito, mas um comportamento motivado ou estimulado por alguma circunstância contratual.

Em outras palavras, o comportamento oportunista pode em muitos casos ser motivado por “lacunas” contratuais, pela generalidade das cláusulas naturais nos contratos de colaboração ou por interpretações judiciais que favoreçam ou estimulem alguma das partes em um contrato a buscar a resolução ou revisão do negócio, mesmo que seus termos tenham sido aceitos livremente, o que certamente

frustrará a expectativa de rentabilidade do negócio firmado. Em relação a este ponto, Williamson aduz que:

> Concordo que o oportunismo não possui importância em face da racionalidade ilimitada. Mas eu também insisto que, não obstante a racionalidade limitada, a contratação seria onipresente em face da ausência de oportunismo, isto é, se a simples busca do auto-interesse é considerada. Assim, embora a simples busca do auto-interesse garanta que todas as vantagens de negociação inicial (por exemplo, monopólio dos recursos) serão plenamente alcançadas, tal também permite que problemas contratuais ex post sejam aniquilados por recorrer a uma "cláusula geral" em que partes de um contrato prometem divulgar todas as informações relevantes com franqueza e se comportarem de uma forma cooperativa durante a execução do contrato e em intervalos de renovação de contrato. (WILLIAMSON, 1985, p. 66, tradução nossa).[21]

Sobre este ponto, o que vislumbramos é que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente é um mecanismo de interpretação que, aliado à boa-fé objetiva, pode dar ao julgador uma noção mais clara sobre a necessidade de proteção a alguma das partes nos contratos de colaboração, sobretudo se houver comportamento oportunista.

Assim, quando se reconhece que nos contratos de colaboração pode haver a dependência econômica, fica mais fácil reconhecer a possibilidade de incidência do comportamento oportunista que deve ser coibido.

Sobre isso, a pergunta que poderia ser feita é: Mas o comportamento oportunista já não seria resolvido com a aplicação da teoria da boa-fé objetiva? Entende-se que não, já que, como já dito, o comportamento oportunista nem sempre será visto como um agir malicioso, podendo ser um sutil aproveitamento da redação contratual ampla, da situação contratual ou até mesmo um sutil aproveitamento de um precedente judicial de direito civil aplicado indevidamente aos contratos empresariais.

Nesse sentido, entende-se que há uma necessária gradação em relação aos comportamentos oportunistas, de modo que apenas aqueles que gerarem a quebra

---

[21] "I agree that opportunism is of no account in the face of unbounded rationality. But I also insist that bounded rationality notwithstanding, contracting would be ubiquitous in the face of nonopportunism-that is, if simple self-interest-seeking is assumed. Thus although simple self-interest-seeking assures that all original bargaining advantages (e.g. monopoly ownership of resources) will be fully realized, it also permits *ex post* contracting problems to be annihilated by recourse to a "general clause" whereby parties to a contract promise to disclose all relevant information candidly and to behave in a cooperative fashion during contract execution and at contract renewal intervals."

da confiança é que poderão ser considerados ilícitos para fins de incidência da proteção ao contratante prejudicado.

A esse respeito, tem-se observado que a avidez pelos lucros e um certo egoísmo são características que fazem parte do meio empresarial e que justificam, em certa medida, a existência de comportamentos oportunistas. No entanto, apesar de não ser uma tarefa fácil, há que se considerar que apenas os comportamentos oportunistas geradores de evidente quebra da confiança é que poderão ser equiparados à ausência de boa-fé. Em outras palavras, no âmbito dos contratos de colaboração exige-se a aplicação do que se denomina nesta tese de “boa-fé especializada”.

Em complemento, como será analisado no capítulo em que trataremos da boa-fé nos contratos empresariais, obervar-se-á que este instituto no âmbito dos contratos empresariais é relativizado em função do dever de diligência que se espera daqueles que exercem atividades empresariais. Por isso, é importante que se reconheça que, nos contratos empresariais de colaboração, a existência de um princípio que reconheça a dependência de uma parte em função da outra poderá, aliado à boa-fé objetiva, coibir abusos das mais diversas formas.

De qualquer forma, feitas essas considerações, é importante que se analise como o comportamento oportunista é tratado pela teoria da Nova Economia Institucional.

Williamson informa sobre esse contexto que “a combinação de contratos incompletos (decorrentes da racionalidade limitada) com informações pouco confiáveis (decorrentes do oportunismo) corrói a ideia de que o simples conhecimento do contrato entre duas partes será suficiente para eliminar problemas pós-contratuais.” (WILLIAMSON, 2005). Segundo ele, “sendo implausível atribuir conhecimento equitativo aos árbitros das disputas (os tribunais), o conhecimento equitativo do contrato entre as partes não impede o surgimento de disputas pós-contratuais e de má adaptação dos contratos.” (WILLIAMSON, 2005).

De qualquer ângulo que se analise a questão do comportamento oportunista, fato é que sua incidência terá como efeito a possibilidade de elevação dos custos de transação, destacando Conceição (2000, p. 39) que a economia dos custos de transação e a organização industrial definem o ambiente institucional – e, consequentemente, as instituições -, que orientam o processo de tomada de

decisões, em um meio permeado por incerteza, racionalidade limitada e oportunismo, com vistas à redução dos custos de transação.

Com efeito, vale frisar, defende-se nesta tese que o comportamento oportunista poderá gerar aumento nos custos de transação, o que não é desejável economicamente, já que tais custos acabarão sendo repassados aos consumidores das empresas envolvidas na relação contratual com consequências sociais indesejáveis.

Aguilar Filho e Fonseca demonstra que:

> [...] a redução dos custos de transação (custos estes que diminuem a eficiência econômica) pode ocorrer tanto através do estabelecimento de contratos mais bem elaborados e/ou mais facilmente executados e de uma distribuição mais eficiente de direitos de propriedades, quanto graças à existência de tradições de trabalho duro, honestidade e integridade, que reduzem as possibilidades de ocorrência de comportamentos oportunistas, permitindo intercâmbios mais complexos e produtivos. (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 88).

De acordo com Speidel:

> Tanto os economistas relacionais quanto de custo transactional reconhecem a importância de evitar o oportunismo em contratos relacionais. O oportunismo se ergue quando uma das partes se afasta das normas internamente geradas pela relação, sejam estas normas primárias de reciprocidade e solidariedade ou nomras suplementares de cooperação e divisão de riscos, para iniciar uma conduta motivada primordiamente pelo próprio interesse. Pode ocorrer para explorar investimentos específicos para a transação feitos pela outra parte, para ter o retorno de ganhos implicitamente alocados quando da contrataçãoou explorar mudanças internas ou externas que ocorreram durante a performance.
> De acordo com Macneil, o oportunismo é “a busca do próprio interesse contrário aos rpincípios da relação em que ocorre”. Em resumo, o oportunismo ameaça a relação. Se o contrato não tem uma estrutura de governança para regular ou definir oportunismo ou se tal estrutura falha e as partes não conseguem concordar, um tribunal pode ser ser chamado a intervir. É neste momento que a capacidade de resposta do Direito Contratual em geral, e do Artigo 2 especificamente, pode ser testada no contrato relacional. Mais particularmente, a questão é se uma suposta conduta oportunista é permitida ou constitui uma brecha no contrato relacional. (SPEIDEL, 1993, p. 795, tradução nossa).[22]

[22] Both relationalists and transaction-cost economists recognize the importance of preventing opportunism in relational contracts. Opportunism rears its ugly head when one party departs from the internally generated norms of the relationship, whether they be the primary norms of reciprocity and solidarity or the supplementary norms of cooperation and risk sharing, to engage in conduct motivated primarily by self interest. It may occur to exploit transaction-specific investments made by the other party, to recapture gains implicitly allocated at the time of contracting or to exploit internal or external changes that occur during performance. According to Macneil, opportunism is "[s]elf-interest seeking contrary to the principles of the relation in which it occurs."In short, opportunism threatens the relationship. If the contract does not have a governance structure to regulate or define opportunism, or if that structure fails and the parties cannot agree, a court may

Nessa linha de raciocínio, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente poderá representar, devidamente estruturado, um mecanismo hábil a se evitar a adoção de condutas oportunistas.

be asked to intervene. It is at this point that the responsiveness of contract law in general, and Article 2 in particular, to the relational contract may be tested. More particularly, the question is whether the allegedly opportunistic conduct is permitted or constitutes a "breach" of the relational contract.

8 SOBRE O AMBIENTE INSTITUCIONAL

Até o presente capítulo desenvolveram-se discussões acerca da relação existente entre os pressupostos estudados pela teoria denominada Nova Economia Institucional e o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente nas relações contratuais assimétricas previsto no Projeto de Novo Código Comercial, sendo possível observar, nesse contexto, a possibilidade de implicações negativas no que se refere aos custos de transação nos contratos empresariais.

Nesse cenário, tanto a existência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente tal como disciplinado no PNCC, bem como seu afastamento por completo nos contratos de colaboração será um estímulo à adoção de comportamentos oportunistas e de aumento nos custos de transação.

Dito isso, a incompletude dos contratos, a racionalidade limitada e o comportamento oportunista assumido por uma das partes na relação contratual, aliados à amplitude interpretativa que poderá ser adotada pelo Judiciário quando da aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente serão fatores que poderão estimular um ambiente de incerteza, ausência de confiança e custos não previstos quando da formação da relação contratual, o que perpassa pela análise das instituições que influenciarão tal ambiente.

Assim, no presente capítulo, será desenvolvida a noção sobre “instituições”, bem como qual a relação destas com o ambiente institucional que será inaugurado a partir da incidência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente. A par do exposto, na obra *Instituitions* de North, destaca que:

> Instituições são as restrições humanamente arquitetadas que estruturam as interações políticas, econômicas e sociais. Consistem tanto em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta), quanto regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade). Ao longo da história, instituições foram criadas por seres humanos para garantir a ordem e reduzir incertezas em trocas. Juntamente com as restrições já padronizadas da economia, as instituições definem o conjunto de escolhas e, consequentemente, determinam custos de transação e produção e, portanto, a rentabilidade e viabilidade de se envolver em dada atividade econômica. Eles evoluem de forma incrementada, conectando o passado com o presente e o futuro; a história, consequentemente, é, em grande parte, uma “estória” da evolução insitucional na qual o desempenho histórico das economias só pode ser compreendido como uma parte de uma história seqüencial. Instituições fornecem a estrutura de incentivos de uma economia ; à medida em que tal estrutura evolui, ela molda a direção da mudança económica para o crescimento , estagnação ou declínio. Neste ensaio eu pretendo tratar do papel das instituições no desempenho das

> economias e ilustrar minha análise a partir da história da economia. (NORTH, 1991, p. 97, tradução nossa).[23]

Gala resume com muita clareza a teoria desenvolvida por North nos seguintes termos:

> O ambiente econômico e social dos agentes é permeado por incerteza; A principal conseqüência dessa incerteza são os custos de transação. Estes podem ser divididos em problemas de *measurement* e *enforcement*; Para reduzirem os custos de transação e coordenar as atividade humanas, as sociedades desenvolvem instituições. Estas são um contínuo de regras com dois extremos: formais e informais; O conjunto dessas regras pode ser encontrado na matriz institucional das sociedades. A dinâmica dessa matriz será sempre dependente do caminho; A partir dessa matriz, definem-se os estímulos para o surgimento de organizações que podem ser econômicas, sociais e políticas; Estas interagem entre si, com os recursos econômicos — que junto com a tecnologia empregada definem os transformation costs tradicionais da teoria econômica — e com a própria matriz institucional — que define os transaction costs — e são, portanto, responsáveis pela evolução institucional e pelo desempenho econômico das sociedades ao longo do tempo. (GALA, 2003, p. 103).

Pimenta e Boglione, por sua vez, afirmam que:

> [...] o papel das instituições seria o de tentar reduzir os custos de procura de parceiros, de acesso a informações, de negociação e de elaboração de contratos, assim como os de monitoramento do seu cumprimento, vez que custos de transação muito altos podem inviabilizar certos mercados. Em certos casos, o setor privado dispõe de meios para desenvolver essas instituições; em outros, porém, o Estado deve intervir. (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 270).

Em Commons se observa que o comportamento dos agentes no âmbito econômico é determinado pelo ambiente institucional e que tal comportamento, por sua vez, afeta a estrutura do ambiente institucional, havendo uma necessidade clara e presente de canalizar os conflitos inerentes às relações econômicas por

[23] "Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity. They evolve incrementally, connecting the past with the present and the future; history in consequence is largely a story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story. Institutions provide the incentive structure of an economy; as that structure evolves, it shapes the direction of economic change towards growth, stagnation, or decline. In this essay I intend to elaborate on the role of institutions in the performance of economies and illustrate my analysis from economic history."

instituições estruturantes para estabelecer um mecanismo de controle social sobre a atividade econômica.

Segundo Aguilar Filho e Fonseca:

> [...] de forma geral, as instituições passam a consistir das limitações informais, regras formais e suas características de *enforcement*. As limitações informais incluem as convenções, as normas de comportamento e os códigos de condutas reconhecidos. As regras formais, em princípio, diferem apenas em grau das regras informais, entretanto, sua criação ocorre por decisões de corpos políticos, jurídicos e econômicos, com base nos modelos subjetivos dos governantes e sujeitos principais e daqueles que tem o poder de colocar em pauta as regras que podem atender seus interesses. (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 92).

A partir dessas noções, observa-se que as instituições são as regras que comandam as relações entre as pessoas e as organizações, ou, como prefere Aguirre, que "instituições são as regras do jogo, enquanto as organizações são as equipes que jogam o jogo." (AGUIRRE, 2005, p. 235). Nessa linha, Esteves e Mello afirmam que:

> [...] no estudo sobre o ambiente institucional identificam-se três tipos de regras formais que governam as relações numa sociedade: as regras políticas, que definem a estrutura hierárquica da esfera política e a estrutura decisória das instâncias de poder político; as regras econômicas, que definem os direitos (*property rights*), ou seja, o feixe de direitos sobre uso e rendimentos derivados da propriedade e a possibilidade de alienar um ativo ou recurso; e as regras contratuais. (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 13).

Segundo as autoras, "tais regras são *interdependentes* e o sentido de causa-efeito é multidirecional: dadas regras políticas fazem surgir um particular conjunto de regras econômicas." (ESTEVES; MELLO, 2009, p. 13).

Nesse sentido, o que se observa é que, nos contratos empresariais de colaboração, as "regras do jogo" são colhidas especialmente no âmbito da confiança que se espera nesse âmbito.

Nesse sentido, a ausência de regras protetivas especialmente criadas para aplicação no âmbito empresarial pode ser um fator de fortalecimento de um ambiente de maior incerteza entre as partes e que não pode permanecer disciplinado apenas no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Ou seja, a assunção dos riscos empresariais pelas parte que figuram em tais contratos não pode ser a razão para não se criar regra que venha a inibir comportamentos oportunistas no âmbito dos contratos de colaboração.

Assim, devidamente ajustado à realidade empresarial dos contratos de colaboração, o princípio da proteção aos contratantes dependentes poderá ser um fator que exercerá evidente e positiva influência nas relações de confiança com efeitos nos custos de transação.

Ou seja, se as instituições podem ser concebidas como mecanismos formais ou informais tendentes a restringir o comportamento dos agentes econômicos com objetivo de reduzir custos transacionais, a perspectiva que se vislumbra a partir da aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente poderá atuar de forma a estimular a confiança e a segurança das partes.

Como pontua Aguirre:

> [...] se a incerteza é a principal razão para a existência das instituições, e sua estabilidade é garantia de subsistência, regras não estáveis, que são alteradas discricionariamente ou que não são obedecidas, não preenchem o requisito de reduzir a incerteza e, dessa forma, não se qualificam como instituições. (AGUIRRE, 2005, p. 238).

Nesse sentido, entende-se que tanto a boa-fé quanto a confiança atuam no ambiente institucional, fazendo com que as transações de trocas comerciais sejam influenciadas de forma positiva ou negativa de acordo com a incidência em maior ou menor grau de previsibilidade nos contratos. Além disso, pode-se dizer que o ambiente institucional relativo aos contratos de colaboração é fértil à existência de comportamentos oportunistas, o que pode influenciar a confiança das partes em tais relações.

Sztajn (2005) afirma que as coletividades desenham instituições fundadas em regras de regularidade dos comportamentos, regras aceitas por consenso majoritário, que facilitam as relações inter-subjetivas.

A partir dessa noção observa-se que uma instituição formal - Novo Código Comercial - poderá ter como efeito a assunção do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, e este poderá influenciar os contratos de colaboração, afetando as relações de confiança -Instituição informal- entre as partes. Ribeiro e Galeski Junior (2015, p. 205), sobre isso, afirmam que os usos e costumes e a existência de instituições informais podem traduzir um elevado grau de confiança nas relações comerciais.

Como observado por Sztajn e Zylbersztajn, chega-se à conclusão de que as “instituições são mecanismos criados pelo homem, para pautar e controlar as suas

ações, explicando o aparecimento de normas e regras sociais, fundamentais para o estudo do Direito como das Organizações." (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 13).

Além disso, destacam os autores que os custos de transação, nas sociedades, estão associados ao seu grau de desenvolvimento e derivam de sua capacidade de desenhar instituições sólidas, sendo possível vislumbrar, nas análises realizadas nesta tese, que o ambiente dos contratos empresariais poderá traduzir um contexto de incerteza diante do cenário dos contratos de colaboração, assumindo a proteção ao contratante economicamente dependente importante papel na tentativa de se coibir a incidência de comportamentos oportunistas.

Além da função de pautar e controlar as ações dos homens, as instituições existem para diminuir o grau de incerteza que é inerente às relações sociais, o que assume especial importância nos contratos empresariais de colaboração.

Dentro dessa perspectiva, o que se nota a partir da proteção ao contratante economicamente dependente, da forma como se encontra redigido no PNCC, é que, ao invés de se conceder maior segurança às relações contratuais, o que haverá é, ao contrário, a criação de um mecanismo ambíguo e capaz de suscitar inúmeros conflitos de interpretação dos contratos empresariais.

Por outro lado, a não existência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente também poderá representar um fator de fragilização das relações contratuais, já que, de certo modo, estar-se-ia assumindo que nos contratos de colaboração não há que se proteger a parte supostamente dependente de eventuais comportamentos oportunistas assumidos pela outra parte.

Analisando especificamente o Direito enquanto sistema de ordenação do comportamento humano, Ferraz Júnior destaca que:

> A possibilidade de uma teoria jurídica do direito enquanto sistema de controle de comportamento nos obriga a reinterpretar a própria noção de sistema jurídico visto, então, não como um conjunto de normas ou conjunto de instituições, mas como um fenômeno de partes em comunicação. Admitimos que todo comportamento humano (falar, correr, comer, comprar, vender etc.) é ação dirigida a alguém. O princípio básico que domina este tipo de enfoque é o da interação. As partes referidas são seres humanos que se relacionam trocando mensagens. Interação é, justamente, uma série de mensagens trocadas pelas partes. Nesta troca, ao transmitir uma mensagem, uma parte não fornece apenas uma informação que diz ao receptor como este deve se comportar perante o emissor. Por exemplo, quem diz: "por este documento o sujeito A obriga-se a pagar a B uma quantia X pela prestação do serviço Y", além da informação sobre a obrigação de pagar e da contrapartida do serviço, diz também como as

> partes devem encarar-se mutuamente (elas encaram como subordinadas, correspondendo ao serviço o pagamento, a prestação do serviço, subordinando uma à outra). (FERRAZ JÚNIOR, 1995).

Em complemento, as instituições, como regularidades de comportamento produzidas a partir de regras existentes, demonstram, na visão de Schotter ser "possível observar que além da função de ordenação do comportamento humano, as instituições existentes também produzem como efeito a geração de segurança." (SCHOTTER, 1982) o que, no ordenamento jurídico brasileiro, perpassa pela análise da segurança jurídica, que será analisada com mais vagar nesta tese.

Como se sustenta nesta tese, dentre os problemas que poderão ser gerados a partir da aplicação irrestrita do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, está a possibilidade de adoção de interpretações as mais diversas possíveis, o que seria um forte estímulo à adoção de comportamentos oportunistas com consequente diminuição da confiança nos contratos empresariais.

Em outras palavras, a diminuição da confiança entre as partes, em virtude das inúmeras interpretações que poderão surgir da aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, será um elemento capaz de afetar a força vinculante dos contratos empresariais, relativizando a segurança jurídica que se espera em uma relação dessa natureza.

Os arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional devem definir mecanismos de incentivos, mas não é isso que se percebe a partir da adoção do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente como disciplinado no PNCC.

De fato, se as instituições, sejam formais ou informais, têm como papel fundamental gerar um feixe de segurança às relações contratuais, limitando as condutas abusivas e orientando padrões de comportamento, não se pode conceber, como tem se observado nesta tese, que a proteção, que ora se pretende conceder aos contratantes economicamente dependentes, seja incompatível com a previsibilidade e regularidade que gravitam em torno dos contratos empresariais.

9 DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A discussão empreendida nesta tese diz respeito à proteção ao contratante economicamente dependente no âmbito dos contratos empresariais, proteção esta que entendemos não ser compatível com todos os contratos empresariais, sobretudo em função das características que cada um deles possuem, nos quais é possível observar haver maior ou menor liberdade das partes na fixação dos seus termos e na assunção dos riscos assumidos em tais negócios.

Propõe-se aqui que a proteção ao contratante economicamente dependente seja aplicada exclusivamente aos contratos de colaboração, uma vez que nestes residem circunstâncias que justificam seu tratamento interpretativo diferenciado.

Há na literatura jurídica classificações sobre os contratos empresariais que demonstram existir maior ou menor grau de ingerência das partes na fixação dos seus termos. A esse respeito, interessante é a classificação empreendida por Ribeiro e Galeski Junior (2015, p. 240) sobre os contratos negociados[24], de adesão ou formulários[25], contratos de subordinação[26] e contratos empresariais[27].

---

[24] Os contratos negociados são os que se enquadram na categoria clássica dos contratos, fruto da manifestação da autonomia da vontade, cuja liberdade de estabelecimento de conteúdo encontra limitações exclusivamente derivadas da ordem jurídica.

[25] Nos contratos formulários e de adesão, menor será a identificação da negociabilidade, e, seguindo-se a mesma lógica, maior a possibilidade de interferência, principalmente pelo estabelecimento de normas específicas aplicáveis a tais contratos. É o caso do art. 423 do CC-2002, que de plano estabelece, para os contratos de adesão, a condição de interpretação das cláusulas contratuais dúbias, de forma semelhante àquela prevista para as relações de consumo, prevalecendo a que favoreça ao aderente. Não sendo hipótese de dubiedade, se provocada pelas partes, a base será a imprevisão e a onerosidade excessiva . Porém, como tais contratos comumente estão associados à prática repetitiva, as externalidades de seus efeitos são fatores adicionais a serem considerados quando da intervenção. Se o contrato foi realizado entre empresários, mais uma vez se justifica a consideração do grau de compreensão a partir do meio no qual se processa a negociação e as externalidades. Com relação às últimas é que o princípio da função social do contrato ganha importância.

[26] Os contratos de subordinação podem ou não ter um empresário num de seus polos, usualmente terá, porém, o que caracteriza é funcionar na instrumentalização de uma relação jurídica de subordinação provocada pela condição das partes. Seriam aqui alocados os contratos associados à relação de consumo e o contrato de trabalho. A existência de disciplina específica interfere de forma fundamental já no estabelecimento do conteúdo de tais contratos, assim como na interpretação a que ficam sujeitos no Direito Brasileiro – basta observar, por exemplo, que na disciplina do consumidor, a teoria da imprevisão é tratada de forma diferente daquela do direito comum, pois independe da comprovação da onerosidade excessiva. Quanto à consideração das externalidades, é inversamente proporcional à predefinição normativa dos efeitos gerados por tais contratos; por consequência, há pouco ou nenhum espaço para a invocação do princípio da função social do contrato.

[27] Nos contratos empresariais, tomados no sentido de contratos utilizados pelos agentes econômicos no exercício de sua atividade profissional, de forma essencial à consecução do objeto da empresa, e, que apresentam nos dois polos empresários, a existência de normativa hermenêutica específica é ínfima, ganhando destaque a possibilidade de interferência mais ampla do Poder Judiciário em sua interpretação, por aplicação dos princípios gerais do direito contratual.

Bulgarelli (2001, p. 20) diferencia, no plano negocial, duas classes de contratos, a que chamou de contratos interempresariais e contratos meramente empresariais, os primeiros firmados pelas empresas entre si e os segundos concluídos entre as empresas e os consumidores.

Ainda segundo Bulgarelli (2001, p. 28), podem ser considerados contratos interempresariais os seguintes: a) o leasing; b) o factoring; c) concessão mercantil; d) franchising; e) contrato estimatório; e ainda, ressalvadas algumas dúvidas de que uma das partes possa ser considerada empresária, f) os de representação comercial autônoma (agência); e g) o mandato e a comissão mercantil.[28]

Em tais contratos, em regra, as partes serão tidas como em igualdade de condições quanto à capacidade de expressar sua vontade, e, fruto de sua especificidade, o risco é um elemento indissociável de sua conformação. A existência do fator risco distancia a aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva como fatores justificadores de alterabilidade de suas cláusulas, salvo situações absolutamente excepcionais. Quanto às externalidades e à consequente possibilidade de invocação da função social, ganham relevância em tais contratos como decorrência da vinculação deles ao exercício da prática econômica. Se, de um lado, a função social do contrato pode ser invocada de forma mais corrente – pois seus efeitos irradiam na sociedade humana –, por outro a afastabilidade ou não do poder de vinculação do contrato, com base em sua funcionalização, precisa considerar as externalidades em suas mais variadas formas para que o adjetivo social não fique esvaziado de significado ou confundido com o individual.

[28] Dentre esses contratos, não vislumbramos a possibilidade de enquadramento como contratos de colaboração para fins de incidência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente os seguintes: a) leasing – é contratos no qual não se observa a necessidade de colaboração de uma parte com a outra ao longo do tempo para que todas atinjam uma finalidade específica relacionada ao objeto do contrato. É contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo de execução sucessiva e nominado; b) Comissão mercantil – previsto nos art.s 693 a 709 do Código Civil, é o contrato em que um dos contratantes (comissário) adquire ou vende bens em nome próprio, mas em proveito de terceiro (comitente). Por esta relação, deverá o comitente remunerar o comissário, o que se dá, normalmente, mediante a aplicação de um percentual sobre o valor do negócio. É contrato bilateral, consensual e oneroso. Observamos que neste tipo de contrato empresarial a vinculação exclusiva de uma parte à outra não é usualmente praticada e por isso entendemos que não incide sobre tais negócios o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente; c) Contrato estimatório ou de consignação: é contrato por meio do qual o consignante entrega bem móvel ao consignatário, que fica autorizado a vendê-lo, obrigando-se, findo o prazo estipulado, a efetuar o pagamento ou restituir o bem. È contrato real, oneroso, comutativo e bilateral, no qual não observamos a necessidade de colaboração entre as partes ao longo da relação contratual para que o negócio se aperfeiçoe; d) factoring: é o contrato em que uma parte cede a outra créditos derivados do exercício da sua atividade, mediante o pagamento de determinado valor, sem que o cedente tenha responsabilidade pela quitação dos valores dos títulos cedidos. É contrato consensual, bilateral e oneroso. Também não observamos neste tipo de contrato a necessidade de colaboração entre as partes para o desempenho do seu objeto ao longo do tempo;. e) Mandato mercantil: é o contrato segundo o qual um empresário (mandante) outorga poderes a outrem (mandatário) para, em seu nome e mediante remuneração, administrar seus interesses, os quais estão ligados a sua atividade empresarial. Muito embora neste tipo de contrato seja possível observar que uma parte tenha que contribuir com a outra prestando auxílio para que a administração transcorra da melhor forma possível, não observamos que isso possa caracterizar dependência econômica de uma parte em relação à outra; f) trata-se de contrato bilateral, real, oneroso e comutativo. É contrato em que o devedor transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta de coisa alienada em garantia pelo pagamento de uma dívida. Observa-se que não há colaboração entre as partes que possa caracterizar dependência econômica; g) Agência ou Representação Comercial: Segundo Bertoldi e Ribeiro (2015, p. 803) O

Comparato afirma que não há propriamente contraposição entre o sistema do direito civil e do direito empresarial no que toca às obrigações. O que há, segundo o autor, “é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis.” (COMPARATO, 1981).

Bertoldi e Ribeiro (2015) afirmam que é possível diferenciar os contratos civis dos empresariais, sendo necessário que o direito comercial cuide da análise dos contratos empresariais e o direito civil dos da teoria dos contratos e também daqueles por ele disciplinados. Forgioni assevera sobre o assunto que:

> [...] que o tráfico mercantil concretiza-se por meio dos contratos e, para compreender o mercado, devemos entender como tais contratos são caracterizados. Nesse sentido, a autora identifica os contratos empresariais com aqueles em que ambos ou todos os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro, sendo necessário reconhecer que este fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários. (FORGIONI, 2010).

Em complemento, a autora demonstra que, no âmbito empresarial, os contratos podem ser classificados em categorias distintas, a saber: a) os contratos de intercâmbio; b) os contratos nos quais há solidariedade de interesses, como as sociedades comerciais; e c) os contratos de colaboração.

A questão que se coloca, no entanto, é saber se o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente pode – e deve – ser aplicado aos contratos empresariais situados fora do âmbito dos contratos de colaboração, sendo

---

art. 710 do Código Civil determina que pelo contrato de agência uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios em zona determinada. Também na lei 4.866 de 1965 o representante é pessoa física ou jurídica, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. Observamos em tais contratos o caráter da não exclusividade e da independência entre o representante e o representado, o que afasta a possibilidade de aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente; (viii) Compra e venda mercantil: é o contrato pelo qual um dos contratantes, chamado de vendedor, se obriga a transferir o domínio de coisa e a outra parte, chamada de compradora, a pagar certo preço em dinheiro. É contrato de interesses contrapostos, não caracterizando a nosso ver a possibilidade de colaboração com a finalidade de desempenho do seu objeto, o que não significa que as partes não devam agir de acordo com o princípio da boa-fé.

útil a classificação que insere os contratos de distribuição no âmbito dos contratos de colaboração.[29]

Em relação aos contratos de intercâmbio, o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito econômico da outra, sendo exemplo o contrato de compra e venda, contratos bancários, locação mercantil, alienação fiduciária, transportes e seguro.

Nesse contexto, nota-se em muitos casos o desequilíbrio de forças entre as partes, mas é da natureza de tais contratos a existência de uma natural preponderância de uma parte sobre a outra, o que é comunmente aceito dentro dos riscos inerentes ao negócio, não sendo crível que tal circunstância, por si só, seja um fator a motivar proteção especial a alguma das partes como ocorre nas relações trabalhistas e de consumo.

No que tange aos contratos de sociedades comerciais, observa-se que são contratos que traduzem o auxílio mútuo entre os sócios com os riscos que são próprios da atividade empresarial, destacando Borges que o que realmente define a natureza desse tipo de contrato é a "repercussão direta sobre o patrimônio dos sócios dos atos de gestão social, das obrigações assumidas em nome da sociedade pelo representante desta e isso não ocorre nas outras relações." (BORGES, 1959).

Nesse contexto, não se observa que nessa categoria de contratos possa incidir alguma proteção sobre as partes em função de uma suposta dependência

---

[29] Segundo Paula Forgioni (2010) P. 155, seguindo a classificação dos contratos traçada por Jhering, os contratos empresariais podem ser classificados em contratos de intercâmbio, contratos em que há solidariedade de interesses e uma modalidade hibrida entre estes dois. Nos contratos de intercâmbio, o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra. O exemplo típico é a compra e venda: mais alto o preço que Tício consegue obter pela alienação de suas ovelhas a Caio, maior a vantagem de Tício, em detrimento da de Caio. Aqui os interesses das partes são contrapostos. Já no contrato de sociedade existe o elemento da colaboração, da reunião de esforços, bem assim a ideia de que os riscos, as áleas do empreendimento cabiam e seriam suportados por todos os sócios. O que realmente caracteriza a sociedade é a repercussão direta sobre o patrimônio dos sócios dos atos de gestão social, das obrigações assumidas em nome da sociedade pelo representante desta. Paula Forgioni (2010) P. 172, destaca que no correr da segunda metade do século XX, a forma de fazer negócios alterou-se; contemporaneamente, o desenrolar da atividade de cada empresa liga-se cada vez mais à sua colaboração com outras. Essa interação assume veste jurídica diversa daquela que eram normalmente empregadas. Ela não se dá apenas por meio dos contratos de sociedade – forma típica de associação entre agentes econômicos, como vimos -e, por obvio, também não se concretiza por meros contratos de intercâmbio. As empresas passam a se valer intensamente de formas hibridas; a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos à agora também realizada de novas maneiras, despregadas das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar interesses em empreendimentos comuns. Trata-se de realidade inegável: os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos.

econômica. Com efeito, mesmo havendo algum desequilíbrio de forças entre elas, não se vislumbra que isso possa ensejar a relativização dos pactos assumidos dentro da esfera de risco empresarial.

Forgioni (2010, p. 172) aduz que, pela dinâmica empresarial, as empresas viram a necessidade de evoluírem para outros formatos de contratos não classificados especificamente como contratos de sociedade ou contratos de intercâmbio, o que inaugurou um sistema de contratos chamados de contratos de colaboração. A autora complementa a questão chamando tais contratos de contratos associativos não societários, ou contratos de associação, de colaboração ou colaborativos.

Ao tratar sobre os contratos de colaboração, Coelho aduz que:

> Neles, os empresários articulam suas iniciativas e esforços com vistas à criação ou consolidação de mercados consumidores para certos produtos. O traço essencial dessa categoria de contratos mercantis é exatamente a articulação entre as empresas das partes contratantes. Existe contrato de colaboração, assim, apenas se um dos empresários assume a obrigação contratual de ajudar a formação ou ampliação do mercado consumidor fabricado ou comercializado pelo outro. O contrato interempresarial, a que falta esse elemento não deve ser classificado entre os de colaboração, por mais convergentes que possam ser os interesses das partes. A importância dessa definição diz respeito aos direitos do colaborador, ao término do contrato, relativamente à exploração do mercado que ajudou a formar ou desenvolver. Se não existiu entre dois empresários contrato de colaboração, não há nenhum ressarcimento a ser feito ao contratado. No fornecimento, por exemplo, o comprador não assume a obrigação de gerar ou consolidar mercado para o produto do vendedor, e, assim, uma vez dissolvida a relação contratual, não tem direito a nenhuma indenização. (COELHO, 2013, p. 112).

O aludido autor coloca nessas categorias os contratos de concessão e de distribuição, afirmando que o contrato de franquia também pode ser colocado nesta categoria, com a ressalva de que neste, além do escoamento de produtos, também há a prestação de outros serviços por parte do franqueador para que o negócio se concretize.

Nestes contratos, ou seja, nos contratos de colaboração, para intermediação na ampliação do mercado consumidor, são observados alguns elementos que os fazem ter características distintas dos demais contratos, especialmente em relação aos contratos de sociedades mercantis, já que nestes, mesmo sendo de sua essência a colaboração entre as partes, esta possui um escopo exclusivo, voltado à realização do objeto da sociedade.

Já em relação aos contratos colaborativos não societários, muito embora as partes tenham evidentemente o interesse na realização do objeto do contrato e devam envidar seus esforços para que isso ocorra, também possuem interesses particulares relacionados à obtenção da maior vantagem possível sobre a outra parte, o que não significa ilicitude alguma, conquanto é da essência dos contratos empresariais que cada parte busque a realização do lucro.

Ou seja, é uma categoria contratual que apresenta, de certa forma, um antagonismo, pois de um lado as partes têm o dever de colaboração mútua para que o negócio se concretize e, de outro, mantém a avidez na busca de resultados positivos do seu negócio. Isso siginifca que tais contratos preservam, ao mesmo tempo, elementos dos contratos empresariais, sobretudo em relação a assunção de riscos pelas partes, e também a necessidade de alguma proteção diante de situações que evidenciem a sobreposição de uma parte contra a outra.

Em complemento, é possível dizer que os contratos colaborativos costumam ser celebrados por longo período ou por prazo indeterminado, e as obrigações neles disciplinadas são fixadas de forma mais aberta, já que não é possível se-prever todas as regras futuras que poderão incidir sobre o negócio, o que, nesta tese, foi analisado no capítulo 7 no qual se tratou da incompletude contratual e no capítulo 6 em que se tratou da racionalidade limitada.

Coelho afirma que o contrato de colaboração:

> [...] envolve necessariamente a obrigação de o colaborador criar mercado para o produto do fornecedor, e isso pode impedi-lo de praticar preço competitivo, não raras vezes a colaboração é contratada com a cláusula de exclusividade de zona, com o objetivo de garantir ao colaborador condições econômicas de retorno do investimento que realiza para cumprir suas obrigações contratuais. (COELHO, 2013).

É sobre este tipo de contrato que nossa análise tem sua razão de ser, já que é no âmbito dos contratos de colaboração que, em tese, poderia haver a dependência econômica de uma parte em relação à outra. Nesse sentido, desde já é bom fixar-se que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente previsto no Projeto de Novo Código Comercial é incompatível com os contratos societários e com os contratos de intercâmbio, conquanto nos contratos de sociedade, apesar da necessidade de colaboração entre os sócios, não há que se reconhecer a existência de dependência econômica entre eles.

Nessa mesma linha, nos contratos denominados de intercâmbio, não há espaço para que se reconheça proteção a alguma das partes, ainda que haja assimetria na relação. Nesse contexto, pela comutatividade de tais contratos, é possível que as partes de algum modo antevejam os riscos[30], vantagens e desvantagens da contratação, não sendo possível que incida sobre tal relação o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente.

Com efeito, mesmo não sendo possível a aplicação da proteção ao contratante economicamente dependente nos contratos de intercâmbio, ainda assim, serão aplicáveis todos os demais mecanismos protetivos previstos no Código Civil e já discutidos nesta tese, tais como a boa-fé objetiva, a teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva, a teoria do abuso de direito, havendo, também, a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, dentro dos limites já discutidos.

Diante disso se nota que, ao contrário do que se encontra disposto no Projeto de Código Comercial, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente não pode ser aplicado a todos os contratos empresariais e, ainda que o seja nos contratos empresariais de colaboração, não basta a mera dependência para que o princípio seja aplicado, sendo necessário que também incida sobre a relação comportamento contrário ao propósito de colaboração a justificar a tutela jurídica protetiva.

Nesse contexto, é interessante observar que os contratos ora denominados como contratos de colaboração podem ser situados como os contratos relacionais do direito americano, sendo interessante a análise empreendida por Forgioni (2005) sobre eles.[31]

---

[30] E ainda que não seja possível a análise de todos os riscos do contrato em função de ser uma contratação que se prolongará por um longo período de tempo, é possível que as partes, exatamente em função dessa possibilidade de mudança de cenários ao longo do tempo, assumam que nesses negócios jurídicos poderá haver a incidência de dependência econômica. Na visão de Forgioni (2010, p. 186) Os contratos de colaboração tendem a não prever a disciplina de todos os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio. Retomando o quanto afirmado no ensaio anterior, no momento da celebração é impossível deter todas as informações sobre o negócio e sobre seu contexto, inclusive futuro. Podem ser realizadas previsões, cálculos considerando probabilidades, mas jamais heverá o controle do porvir. As empresas assumem a incompletude natural dos contratos de associação como risco contra o qual se protegem na medida do possível e do que se apresenta economicamente razoável. Os agentes econômicos desenham seus contratos cientes de que, com toda a probabilidade, eles não serão perfeitamente adequados a todas as circunstâncias futuras; não obstante, procuram moldá-lo da melhor maneira.

[31] Os estudos dos contratos relacionais inciaram-se na década de 60 por Ian Macneil. Não obstante as atuais discussões sobre sua natureza e importância, parece-nos pacífico que se caracterizam pelos seguintes elementos: a) os contratos relacionais tendem a se estender no tempo; b) em

Neste ponto, como para o cumprimento do objeto de tais contratos há a necessidade de que a relação se alongue no tempo, com o cumprimento de uma sucessão de atos, os deveres de conduta das partes assumem especial relevo, já que, a depender da postura assumida por alguma das partes, o cumprimento da avença poderá ser prejudicada. Sobre isso, aduz Forgioni:

> A análise americana dos contratos relacionais é útil para nossa empreitada de dissecação do contrato de distribuição porque põe em relevo dois de seus principais elementos fundamentais: (i) a relação entre as partes e (ii) a força da boa-fé, da confiança. Quanto ao primeiro ponto, pensar a ligação entre fornecedor e distribuidor, nos moldes doutrinários dos contratos relacionais, é essencial para dimensionar corretamente o ajuste e, assim, facilitar a identificação de eventual dependência econômica de parte perante a outra. Ademais, encarar os contratos de distribuição como relacionais traz à baila a importância da boa-fé objetiva, da confiança, da não frustração da legítima expectativa para garantir a estabilidade jurídica e o melhor desenvolvimento da relação obrigacional enquanto um processo. (FORGIONI, 2005, p. 75, grifamos).

Nessa medida, é preciso observar se alguma parte no contrato de colaboração atuou de forma oportunista com o objetivo de frustrar a legítima expectativa que a outra parte tinha em relação aos objetivos a serem alcançados com o contrato. Como já observamos, o comportamento chamado de oportunista na teoria econômica deve ser analisado à luz da teoria da boa-fé para se concluir pela sua inadequação ou não ao ordenamento jurídico.

Assim, pode-se dizer que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente só deve ser aplicável aos contratos de colaboração, quais sejam, contratos de distribuição, concessão e franquia, e, mesmo assim, quando a dependência econômica tenha como efeito a atuação da parte detentora do poder econômico em desconformidade com os deveres de boa-fé aplicáveis às relações empresariais.

---

virtude de sua longa duração, busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato não visa a estabelecer apenas regras sobre as trocas em sí, mas disciplinar o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. Assim, é comum que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mas do que a ordem específica de obrigações determinadas; c) há uma certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma (e do negócio globalmente considerado) reverterá em benefício da outra (i.e., de todas elas).

9.1 Os Contratos de Distribuição e Concessão

Como já observado nos capítulos anteriores, a tentativa prevista no Projeto de Novo Código Comercial de inserção de um princípio de proteção ao contratante economicamente dependente a todos os contratos empresariais configura uma medida inadequada e capaz de induzir comportamentos oportunistas por parte dos agentes econômicos, o que pode gerar a incidência de maiores custos de transação.

Na análise proposta parte-se da premissa de que a proteção dedicada ao contratante economicamente dependente, aplicável de forma irrestrita a todos os contratos empresariais, não faz sentido algum, posto que nessas relações deve haver o predomínio da autonomia das partes na disciplina dos seus interesses. Além disso, como se observa no capítulo 10, as partes neste tipo de relação buscam satisfazer seu próprio interesse por lucro, sendo uma decorrência lógica desse fato a necessidade de que tais pessoas assumam os riscos advindos desse intento.

Também já se viu que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um vetor interpretativo reconhecido em alguns precedentes citados ao longo desta tese, especialmente nos contratos de colaboração, o que faz todo sentido neste âmbito, já que, como aduz Forgioni, "é comum o contrato de distribuição encerrar uma relação de poder desequilibrada, com uma das partes sobrepondo-se à outra." (FORGIONI, 2005, p. 344).

Todavia, o que se nota é que, a despeito de ser um vetor interpretativo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, observamos que não há critérios muito claros sobre quando deverá haver sua incidência, o que demonstra que o princípio deva ser disciplinados no PNCC, devidamente ajustado à realidade empresarial. Em complemento, como já se comentou, a aplicação, nestes casos, da teoria desenvolvida em torno do princípio da boa-fé objetiva pode não ser suficientemente adequada à realidade dos contratos de colaboração empresarial.

Nesse contexto, partindo-se dos estudos de Forgioni (2005), que analisa com profundidade os contratos de distribuição, pretende-se neste capítulo demonstrar quais os traços caracterizadores de tais contratos. Segundo Sant'Ana:

> O contrato de distribuição surgiu com o intuito de aproximar o ponto de venda e facilitar a disponibilização de produtos ao consumidor, caracterizando-se por unir o fabricante e o empresário comercial em contrato duradouro para fornecimento de bens de consumo para revenda ao público em geral, a princípio, com exclusividade. (SANT'ANA, 2014).

Coelho também confere clareza ao tema envolvendo os contratos de distribuição, especialmente no que tange às suas linhas definidoras, segundo o autor:

> [...] o contrato de distribuição-intermediação, é o contrato de colaboração empresarial pelo qual um dos empresários contratantes (distribuidor) tem a obrigação de comercializar os produtos do outro (distribuído). É contrato atípico, regido pelas cláusulas livremente pactuadas pelas partes. Em complemento, as principais cláusulas do contrato de distribuição-intermediação são as de exclusividade, territorialidade, quota de fornecimento e aquisição, concessão de crédito e garantias, aparelhamento da empresa do distribuidor e resolução. (COELHO, 2013).

Para Pereira, o contrato de distribuição é aquele "pelo qual uma pessoa se obriga a realizar, mediante retribuição, com caráter de habitualidade, mas sem subordinação hierárquica, operações mercantis por conta de outrem, em zona determinada." (PEREIRA, 1999, p. 393).

Como nesta tese adota-se como marco teórico as lições enunciadas por Forgioni (2005), é importante frisar que, para esta autora, os contratos de distribuição e os de concessão não guardam diferenças estruturais a ponto de justificar seu estudo de forma separada, muito embora ela também afirme que, em relação aos contratos de concessão comercial previstos na Lei nº 6.729/79, haja tratamento especial. Sobre o assunto:

> O argumento utilizado por alguns juristas de que o contrato de distribuição é diferente do contrato de concessão, pois no primeiro haveria um maior grau de interferência da concedente na atividade mercantil do concessionário, nem sempre reflete a realidade, eis que em muitas vezes o contrato de distribuição está repleto de cláusulas de ingerência do fabricante na atividade do distribuidor, chegando-se em alguns pontos, inclusive, a ser arbitrado e/ou sugerido o valor do preço que o distribuidor deverá praticar na revenda do produto, pelo exemplo dado, observa-se que o fabricante interfere sobremaneira na atividade do distribuidor. O outro argumento consistente na presença do caráter intuitu personae dos contratos de concessão mercantil, igualmente, deve ser repelido, porque nem todos os contratos de concessão mercantil possuem esta característica, por esta razão, o caráter intuitu personae não pode ser determinante para a diferenciação da distribuição e da concessão mercantil. (DUTRA, 2012).

Nesta linha, também para Coelho, a concessão mercantil (ou comercial) se distancia do contrato de distribuição, pois “no contrato de concessão há maior ingerência do concedente na organização da empresa do colaborador (concessionário).” (COELHO, 2013, p. 125).

O autor ainda destaca que a diferença entre o contrato de distribuição e de concessão não é significativa em muitos casos, destacando que, no caso do contrato de distribuição de veículos terrestres, em que a concessão é disciplinada na Lei nº 6.729/79, “o nome que as parte atribuem ao instrumento a rigor, não interessa. É relevante, basicamente, o conteúdo das cláusulas pactuadas para definir-se o conjunto de obrigações que o fornecedor e colaborador devem prestar um ao outro.” (COELHO, 2013). Nesse sentido, afirma:

> Existe, ressalto, uma hipótese em que a concessão mercantil é contrato típico, e, assim, as relações entre os contratantes não se guiam somente pelo pactuado entre eles, mas se submetem aos ditames prescritos na lei. Em outros termos, os empresários não são, nesse caso, inteiramente livres para dispor sobre suas relações, estando jungidos às restrições da autonomia da vontade decorrentes do direito positivo. Cuida-se da hipótese em que o objeto da concessão é a comercialização de veículos automotores terrestres. Assim, quando o contrato vincula, de um lado, a fábrica de automóveis (ou de motocicletas, caminhões, tratores etc.) como concedente e, de outro a revendedora autorizada como concessionária, ele é típico e está regulado na Lei nº 6.729/79 – conhecida como Lei Ferrari. (COELHO, 2013).

De forma muito esclarecedora, Diniz aduz que “o contrato de distribuição estaria no plano genérico, enquanto a concessão mercantil seria espécie, sendo que a diferença entre os institutos estaria no fato de a distribuição permitir a existência de subdistribuidores.” (DINIZ, 2002, p. 451). Nesta linha, o contrato de concessão seria mais restrito pela sua própria natureza, pois neste, tal prática é vedada.

Nota-se que, mesmo diante da possibilidade de discussão sobre algumas diferenças estruturais existentes entre os contratos de distribuição e concessão, fato é que, para os fins desta tese, a distinção não assume grande importância, na medida em que em ambos há a possibilidade de desenvolvimento de dependência econômica, sobretudo em função do caráter de longo prazo de tais contratos e do fato de que as obrigações assumidas pelas partes nesse tipo de relação dependerão da postura adotada pela contra parte.

9.2 Os Contratos de Franquia

O contrato de franquia é regulado pela Lei nº 8.955/94, que o define, em seu art. 2º, da seguinte forma:

> Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. (BRASIL, 1994).

Como destacam Bertoldi e Ribeiro (2015, 854), os contratos de franquia, do mesmo modo que os contratos de distribuição e concessão, buscam a distribuição de produtos e serviços. Em relação a isso, o traço diferenciador estaria situado no fato de que, no contrato de franquia, não se disciplina apenas a distribuição de produtos e serviços, sendo o seu conteúdo normalmente mais amplo, abrangendo a concessão temporária, por parte do franqueador, de uso de marca ou patente, englobando, ainda, na maioria das vezes, a transferência de *know-how*, assessoria técnica, mercadológica e administrativa do negócio, mediante a observação de práticas padronizadas. Nesta linha também é a posição de Forgioni, que observa o seguinte:

> Podemos constatar que muito da função econômica do contrato de distribuição coincide com aquela da franquia, uma vez que ambos são utilizados para incrementar o escoamento de bens. Mas a franquia é mais abrangente que a distribuição, mesmo porque, geralmente, implica transferência de tecnologia, de *know-how* da franqueadora para a franqueada. (FORGIONI, 2005, p. 104).

Como se pôde notar, em termos estruturais, não é possível distanciarmos os contratos de franquia dos contratos de distribuição e concessão, sobretudo em função do modo como a relação entre as partes será desenvolvida. Com efeito, também no contrato de franquia, a interdependência entre as partes para a consecução do objeto do contrato é fundamental, o que demonstra que o emprego da boa-fé em tais relações é um vetor que informará a existência ou não da necessidade de proteção ao contratante economicamente dependente.

9.3 Fundamentos dos Contratos Empresariais

A temática que estudada nesta tese busca conciliar a aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente com a sistemática dos contratos empresariais de colaboração. Neste capítulo, o que se propõe é a realização de uma análise dos princípios informadores mais importantes sobre os contratos empresariais, os quais foram somados a outros fundamentos que, a nosso ver, dão a tais contratos características especiais que exigem que eles sejam estruturados e interpretados de forma especial em relação aos contratos regidos exclusivamente pelo direito civil ou pelo direito do consumidor.

Tais fundamentos, vale dizer, informam e sustentam o fato de que, nos contratos empresariais, impera uma lógica específica e que se traduz na necessidade de menor ingerência estatal, sobretudo em função do risco que decorre naturalmente das atividades empresariais. Alem disso, observar-se-á que o âmbito dos contratos empresariais é, em certa medida, refratário a algumas concepções estruturantes dos contratos regidos exclusivamente pelo direito civil e do consumidor.

Isso não significa, no entanto, que nos contratos empresariais as partes estejam relegadas à própria sorte e que os termos de suas avenças serão disciplinados nos limites da sua autonomia. Como já se observou, propõe-se nesta tese que haja uma conciliação entre a necessidade de proteção às partes nos contratos empresariais de colaboração, sem que isso signifique a equivalência de tratamento que há nos demais contratos regidos pelo direito privado, e a segurança que se espera em tais relações. Além disso, tal proteção deve partir da necessidade de se coibir comportamentos oportunistas que atentem contra a confiança, que é a causa de ser dos contratos de colaboração empresarial.

9.3.1 A Álea Empresarial e os Contratos Empresariais

Como tem sido desenvolvido ao longo deste trabalho, o risco e a incerteza são elementos integrantes da atividade empresarial e que são refletidos nos contratos empresariais, variando sua incidência de acordo com diversos fatores institucionais, tais como o tratamento normativo e a interpretação do Poder Judiciário sobre tais relações.

Aliás, se observa que o risco deflui da própria noção de atividade empresarial, conquanto por mais que o empreendedor se esforce na tentativa de evitar eventuais dissabores, não lhe é dado evitar todos os infortúnios que podem advir de tal atividade. Sobre isso, Lisboa já afirmava que:

> Muitas vezes se contracta, compra, e vende por mera especulação sobre a alta, e baixa dos fundos da Praça. Nisto ha verdadeira loteria, e corre-se a sorte de lucrar, ou ser prejudicado na differença dos preços, que ás vezes e exorbitante , e de ruina grande. (LISBOA, 1811, p. 3).

Nesse sentido, tendo em vista que os contratos se fundamentam nas promessas feitas entre as partes, ao entabularem tal relação, estas levam em consideração também os riscos de um eventual descumprimento. Tal fator é fundamental na definição dos custos do contrato, ou seja, quanto maiores os riscos, maiores serão os custos de transação, evidentemente influenciados pela menor confiança e possibilidade de ruptura.

Nesse contexto, ainda que se reconheça que os riscos sejam um fator inevitável aos contratos empresariais, isso não pode significar que a adoção de comportamentos oportunistas, lesivos à natural confiança que deve pautar os contratos de colaboração, sejam desconsiderados na interpretação de tais negócios.

Lupion destaca interessantes julgados envolvendo o risco nos contratos empresariais, dos quais se extrai o seguinte:

> De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, tem-se que o contrato de franquia é caracterizado como um contrato de risco, uma vez que, como qualquer empreendimento, está condicionado a fatores como a boa ou má gestão da franqueada, a concorrência e as oscilações do mercado. Isso vale dizer que um empreendimento sob a modalidade de franquia empresarial, por si, não é garantia de rentabilidade ou de atividade próspera. Tudo porque, mesmo que a franqueadora cumpra todos os deveres contratuais e que o franqueado desempenhe uma boa gestão, os resultados podem acabar frustrados simplesmente pelas circusntâncias de mercado ou econômicas. (LUPION, 2011, p. 140). [32]

Em outros julgados, o Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação entre franqueador e franqueado, argumentando que o contrato de franquia é um contrato essencialmente comercial,

[32] RIO GRANDE DO SUL. TJ. AC nº 70024271926. Relator: Des. Leo Lima 2009.

celebrado entre comerciantes para o fornecimento de produtos e serviços para terceiros, estes, sim, os destinatários finais.[33]

Em outro precedente do Superior Tribunal de Justiça[34], fixou-se, em relação a contrato de compra e venda de soja para entrega futura firmado entre pessoas que exercem atividades empresariais, que, nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio, não se aplicando a teoria da imprevisão. Nesse sentido, ao contratarem, as partes assumiram riscos calculados: a oscilação do preço de mercado da soja e a queda da produtividade. Tais elementos foram considerados na fixação do preço do negócio.

Colhe-se outro precedente do Superior Tribunal de Justiça[35], no qual se apreciou litígio envolvendo operação de troca de ativos realizada por empresas petrolíferas de grande porte, reconhecendo-se que o risco é fator inerente à exploração de atividade econômica e que ao Judiciário não cabe interferir em questões que constituem a essência da atividade empresarial.

Nota-se em tais decisões que, mesmo em contratos que não são considerados como aleatórios, alguns precedentes seguem no sentido de que, sendo os contratos tidos como empresariais, o espaço para a alegação de situações imprevistas decorrentes do risco do negócio é menor, quando comparada com os contratos civis ou de consumo.

A partir desses julgados, alguns pontos merecem atenção. O primeiro deles é que o risco assumido pelas partes é um critério que traduz a impossibilidade de as partes discutirem aquilo que foi livremente aceito no contrato e que faz parte indissociável do negócio.

Assim sendo, faz todo sentido o que se colhe nos julgados apresentados em relação à impossibilidade de as partes tentarem relativizar o que foi por elas aceito,

---

33 I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais. II. Situação, ademais, em que não ficou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede de algumas delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado. III. Incidência à espécie das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. IV. Inaplicabilidade dos arts. 94, parágrafo 4º, e 100, IV, letra "d", do CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil. V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula n. 283 do Pretório Excelso. VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido. (BRASIL. STJ. REsp. nº 632.958-AL. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 2010).

34 BRASIL. STJ. REsp. nº 783.520/GO. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 2007.

35 BRASIL. STJ. REsp. nº 532.570/RS. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 2004.

mas isso assume importância especial nos contratos de colaboração, já que, nestes, é comum que muitas das definições negociais sejam postergadas, já que são contratos de longa duração nos quais a incompletude contratual é maior do que nos contratos de execução imediata.

A par do exposto, se muitos detalhes do negócio não serão definidos no momento da formação dos contratos, surge a possibilidade de incidência de comportamentos oportunistas e, mais importante ainda, a necessidade de que sejam observados os limites de flexão que farão com que tais comportamentos sejam contrários à confiança, que é causa de tais contratos.

Nesse contexto, teme-se que ao se adotar em nossa jurisprudência entendimento no sentido de que nos contratos empresariais impera uma lógica pautada na racionalidade plenas das partes os julgadores incidam no equivocado entedimento sobre o qual nos contratos de colaboração, com toda sua amplitude de cláusulas e longo tempo de duração, também deverão seguir uma lógica pautada na liberdade plena das partes, o que seria um forte argumento para o florescimento de comportamentos oportunistas.

Outro ponto que merece atenção diz respeito ao fato de serem os contratos empresariais necessariamente aleatórios[36]. Na verdade, não se pode considerar que simples existência de um contrato empresarial seja o fator a transformá-lo em um contrato aleatório. Os contratos de franquia e de distribuição não são classificados como aleatórios, mas são contratos nos quais o elemento do risco empresarial se faz presente.

O que há nesse contexto é o que chamamos de álea da atividade empresarial, que, apesar de não modificar a natureza dos contratos comutativos, traduz profunda diferença em relação ao critério interpretativo de tais contratos.

Como destacado por Nery e Nery Júnior, “a álea jurídica é a incerteza que caracteriza a assunção de um risco equivalente num contrato bilateral.” (NERY JÚNIOR; NERY, 2006). Por outro lado, a álea empresarial – ou álea normal - é uma decorrência natural das relações empresariais, ou seja, é um risco previsível,

[36] Contrato aleatório ou contrato de sorte é aquele causado por um risco equivalente segundo o qual o valor concreto da prestação e da contraprestação (quantidade e qualidade) depende de fator exterior de incerteza que pode endereçar a vantagem do negócio em favor de uma parte ou de outra, resultado esse que é insuscetível de ser controlado por qualquer das partes. Em outras palavras, o contrato é aleatório quando a determinação da prestação ou da contraprestação depende de um fator de incerteza, que pode implicar a vantagem do contrato para uma ou outra parte, incerteza essa não avaliável pelas partes no momento da conclusão do contrato. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 437).

derivado da natureza do contrato empresarial ou das oscilações do mercado, que incide sobre as obrigações das partes sem mudar a causa do contrato. A álea empresarial não incide sobre a natureza do contrato e não o transforma de comutativo em aleatório.

Dito isso, a álea empresarial justifica a impossibilidade de as partes revisarem aquelas condições que foram livremente aceitas ou que estariam no âmbito de previsibilidade normal daqueles, que de forma profissional, exercem a atividade empresarial. Sobre isso, será analisada adiante a teoria da imprevisão nos contratos empresariais.

Por outro lado, a álea empresarial não pode servir para afastar proteção ao contratante dependente nos contratos de colaboração, nas hipóteses em que incidirem comportamentos oportunistas derivados da incompletude contratual.

Nessa situação, reiteramos, o critério para que haja alguma recomposição do equilíbrio entre as partes deve ser pautado na quebra da confiança, ou seja, toda vez que o comportamento oportunista incidir com tal intensidade que venha a quebrar a confiança que deve fundamentar os contratos de colaboração, haverá necessidade de incidência de mecanismos para solução de conflitos, sejam eles extrajudiciais ou judiciais.[37]

Nessa linha, aduz Saussier (1999) p. 215 sobre os contratos em que haja dependência econômica que:

> Para estabilizar as relações que se desenvolvem a partir da existência de ativos específicos, os agentes podem utilizar métodos mecânicos e automáticos para realinhar os incentivos que contenham cláusulas de penalidades e recompensas (indexação de preços, tempo de bônus, etc.). Para mais flexibilidade na relação contratual, e para que o contrato se adapte mais facilmente às questões *ex post* que podem afetá-lo ou causar distúrbios, mecanismos especializados também podem ser implementadas pelos contratantes para resolver quaisquer conflitos, fazer as adaptações necessárias, organizar a decisão enfrentando conflitos não planejados

[37] No âmbito dos contratos de colaboração sustenta-se nesta tese que a incidência de comportamentos oportunistas não deve gerar, necessariamente, a resolução do negócio jurídico, sobretudo em função dos grandes investimentos que normalmente são feitos neste tipo de negócio. Com efeito, neste tipo de relação deve-se buscar, sempre que possível a conservação do contrato, o que deflui do art. 421 do Código Civil. A esse respeito, o enunciado número 22 do Conselho da Justiça Federal aduz que: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.” Nestes termos, sustenta-se que, nestes casos, o juiz poderá colmatar eventuais lacunas contratuais, resultantes da natural incompletude dos contratos de colaboração, com vistas a manter a relação entre as partes.

> (reuniões, negociações, arbitragem externos ...).(SAUSSIER, 1999, p. 215, tradução nossa). [38]

Assim, ainda que o ambiente empresarial reconheça o risco e a possibilidade de erro na condução das atividade empresariais, ele não pode se compadecer com situações que fogem à normalidade e confiança das relações contratuais de colaboração. Sobre isso, remetemos à análise do parecer apresentado pelo deputado Alexandre Baldy, no qual sustenta que não deve haver proteção ao contratante economicamente dependente pelo simples fato do erro fazer parte da atividade empresarial, com o que não concordamos.

9.3.2 Da Boa Fé nos Contratos Empresariais

A discussão que se insere neste capítulo diz respeito à aplicação do princípio da boa-fé objetiva como instrumento equilibrador das relações contratuais firmadas entre pessoas que exercem atividades empresariais. Não se pretende, todavia, reproduzir toda a teoria atinente à boa-fé objetiva, conquanto desnecessária ao propósito desta tese.

A análise assume especial importância na medida em que a incompletude contratual é um ambiente favorável à existência de comportamentos oportunistas, sobre os quais observamos nem sempre caracterizarem um ilícito contratual. Nessa medida, destacamos nesta tese que, para que o comportamento oportunista venha a ensejar revisão ou resolução do contrato, ele deve incidir com intensidade suficiente a quebrar de forma definitiva a confiança que fundamenta os contratos de colaboração.

Logo, para que se verifique o padrão de confiança que guiará as partes nos contratos de colaboração deve-se analisar como o princípio da boa-fé objetiva incidirá sobre os contratos de colaboração, já que é a partir deste princípio que se definirá o *standard* de comportamento esperado em tais relações.

---

[38] Afin de stabiliser les relations nécessitant le développemen d'actifs spécifiques, les agents peuvent utiliser des méthodes mécaniques et automatiques visant à réaligner les incitations em incorporant des clauses de pénalités et de récompenses (indexation des prix, prime de délais, etc.). Pour obtenir plus de flexibilité dans la relation contractuelle, et afin de s'adapter plus facilement aux perturbations ex post qui peuvent affecter le contrat, des mécanismes spécialisés peuvent aussi être mis en place par les contractants pour régler les éventuels conflits, accomplir les adaptations nécessaires, organiser la prise de décision face à desévénements non prévus (rencontres, négociations, arbitrage externe...).

Além disso, como será observado neste capítulo, o princípio da boa-fé traduz um importante mecanismo de interpretação dos contratos, inclusive os empresariais, colhendo-se neste contexto que ele é mitigado em função do risco que decorre das relações empresariais.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva aplicável às relações empresariais, notamos contornos que lhes são próprios, conquanto para a sua correta incidência há que se perquirir qual é o padrão de conduta, ou o *standard* de comportamento esperado pelas partes em um contrato empresarial.[39] [40]

Dito de outra forma, o desafio ao aplicarmos o princípio da boa-fé aos contratos empresariais, especialmente nos contratos de colaboração, não é o reconhecimento da existência de assimetrias de forças entre as partes, posto que este é um fato esperado em tais relações, mas sim conciliarmos sua operabilidade com o dever de respeito à confiança esperado daqueles que exercem atividades empresariais[41].

Como destacam Tepedino e Schreiber, "é evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista." (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003).

A posição ora apresentada, na verdade, parte de uma lógica da qual se extrai que há sim a possibilidade de um desequilíbrio de forças entre as partes, de vulnerabilidades e de dependência econômica.

Contudo, a despeito da existência de tais situações, não concordamos com a incidência indiscriminada do princípio da proteção ao contratante economicamente

---

[39] Naturalmente, há várias determinações possíveis, segundo o tipo de área de atividade ou de negócios que as partes estão fazendo. Já nas Ordenações do Reino se prescrevia que quem compra cavalo no mercado de Évora não tem direito aos vícios redibitórios. Os Standards variam. Se um sujeito vai negociar no mercado de objetos usados, em feira de troca, a boa-fé exigida a boa-fé exigida do vendedor não pode ser igual à de uma loja muito fina, de muito nome, ou à de outro negócio em que há um pressuposto de cuidado. (AZEVEDO, 2000).

[40] Cláudia lima Marques sintetiza com impressionante clareza que a boa-fé significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. (MARQUES, 1998, p. 74).

[41] Justamente por não exigir a proteção de interesses íntimos e privados da contraparte, mas somente a colaboração para aqueles interesses objetivamente extraídos da própria realização do negócio, a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições contratuais de vantagem. Em outras palavras, as partes, na prática, concorrem – e o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003).

dependente, uma vez que, sua amplitude conceitual aliada ao protecionismo que impera quase sempre nas relações assimétricas, poderá fazer eclodir uma nova era de decisões judiciais equivocadas envolvendo contratos empresariais.

Com efeito, corre-se o risco de ocorrer com o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente o mesmo que aconteceu com a "superutilização da boa-fé objetiva", nas palavras de Tepedino e Schereiber. Os autores, em relação à boa-fé objetiva, ainda alertam para o "processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais arbitrárias, que nada dizem tecnicamente com o seu conteúdo e suas funções." (TEPEDINO; SCHEREIBER, 2005, p. 37). Tepedino e Schereiber ainda aduzem sobre a boa fé que:

> [...] aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque, não havendo, nesta relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. (TEPEDINO; SCHEREIBER, 2005, p. 37).

No âmbito empresarial, Lupion (2011) destaca que, no Código Comercial de 1850[42], já havia regra sobre a boa-fé, lamentando Forgioni que tais disposições não tenham sido incorporadas ao Código Civil de 2002. Segundo a autora, "é lamentável o abandono das regras corporificadas no Código Comercial pela legislação civil, sustentando, todavia, que mesmo sem a positivação de tais regras, elas permanecem nas entranhas do nosso direito mercantil." (FORGIONI, 2007).

---

[42] Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa. Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

Forgioni aduz que a boa-fé no direito comercial “não desempenha uma função moral, desconectada da realidade dos negócios.” (FORGIONI, 2004, p. 552).[43, 44]

Para a autora, a boa-fé reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo os riscos e fazendo aflorar um maior grau de segurança e de previsibilidade.

Como já observado e com assento em Lupion (2011, p. 50), pode-se afirmar que a boa-fé objetiva representa o dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade[45]. São esses padrões que traduzem confiança necessária à vida da relação e ao intercâmbio de bens e serviços. Consequentemente é dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte, indispensável para a tutela da segurança jurídica, para a garantia da realização das expectativas legítimas das partes.

Ainda segundo Forgioni (2004), a boa-fé vem relacionada ao uso e costume da praça, ou seja, ela é objetiva e não pinçada no íntimo dos partícipes da avença, o que demonstra, com efeito, que o *standard* de comportamento esperado das partes

---

43 Ricardo Lupion aduz ser um desafio conciliar toda a teoria desenvolvida em torno do princípio da boa-fé objetiva, dos deveres instrumentais ou laterais, dos deveres acessórios de conduta com a lógica dos contratos empresariais. Segundo o autor, em face das características marcantes da atividade realizada pela empresa – entre as quais se destaca, por exemplo, na compra e venda, a posição do comprador, que deseja comprar pelo menor preço, e a do vendedor, que deseja obter o maior, sendo que não há como esperar que renunciem a tais interesses, que são a lógica do negócio, como alerta Tepedino. Em complemento, o autor pondera que a identificação das principais características dos contratos empresariais (especulação, assunção de riscos, realização de lucros, entre outros), também contribuirá para mitigar esses deveres de conduta, pois, no âmbito desses contratos, as empresas devem ser livres para atuar de acordo com seus múltiplos interesses e valores. A especulação e o lucro são elementos marcantes e indissociáveis da atividade empresarial, razão pela qual, nos contratos empresariais, a álea contratual será diretamente proporcional aos lucros pretendidos pela empresa no contrato. (LUPION, 2011, p. 17).

44 BROUSSEAU, (2000) também nos leva a crer que, sob a perspectiva econômica, é de se esperar que decorra desequilíbrio das relações contratuais e que isso não é um problema que por si só deva ser uma causa para relativização dos negócios. Segundo o autor: “Au total, la littérature économique sur les contrats ne considère pas l'équilibre contractuel comme une question centrale et pertinente. D'une part, le contrat est par essence la resultante d'un accord respectant les intérêts bien compris des deux parties. D'autre part, un éventuel déséquilibre est lié à des causes extra-contractuelles auxquelles il convient de remédier principalement par d'autres moyens que l'action sur les contrats.” **Tradução:** De forma geral, a literatura económica sobre contratos não considera o equilíbrio contratual como uma questão central e relevante. Por um lado, o contrato é essencialmente a resultante de um acordo que deve respeitar os interesses bem compreendidos de ambas as partes. Além disso, qualquer desequilíbrio relacionado a causas não-contratuais precisam ser remediadas por outros meios de ação sobre os contratos. (BROUSSEAU, 2000).

45 Segundo Menezes Cordeiro, há uma tripartição entre deveres de protecção, de esclarecimento e de lealdade. Para ele, as partes são obrigadas a evitar sejam infligidos danos mútuos nas suas pessoas ou nos seus patrimônios. No que se refere ao dever de informação, cabem informar-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que com ele tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. No que se refere à lealdade obriga-se as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamento que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações. (CORDEIRO, 1983, p. 604-608).

em um contrato regido exclusivamente pelo direito civil e pelo direito do consumidor não é o mesmo existente em um contrato empresarial.

Este também é o pensamento de Ribeiro e Galeski Junior, quando afirmam que:

> [...] o próprio princípio da boa-fé, que se relaciona com a função social do contrato, nas relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes. O risco é um dos principais elementos de distinção a ser considerado na aplicação do princípio. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 184).

Lupion aduz sobre isso que:

> [...] a boa-fé objetiva impõe às partes deveres de conduta que sequer foram previstos ou estabelecidos no contrato porque seria impossível exauri-los, pois surgem de circunstâncias futuras imprevisíveis e, portanto, não fundamentados na vontade, decorrem da justa expectativa exigida nas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas. A polarização entre credor e devedor e a existência de interesses contrapostos não os coloca em posição de antagonistas, devendo desenvolver harmonicamente um conjunto de atividades necessárias à satisfação recíproca. (LUPION, 2011, p. 51).

Nesse contexto, tais deveres de conduta devem ser interpretados de acordo com a perspectiva dos contratos empresariais, conquanto não é possível que em tais relações apliquem-se os imperativos interpretativos dos contratos regidos pelo direito civil ou do consumidor. Com efeito, a lealdade e os deveres de conduta nos contratos empresariais devem ser lidos de acordo com a finalidade e a razão de ser das atividades empresariais. Em complemento, isso reforça a ideia desenvolvida nesta tese no sentido de que nos contratos de colaboração a aplicação da boa-fé objetiva tem uma razão especial de ser, ou como se prefere é uma “boa-fé especializada”.

Em outras palavras, a aplicação do princípio da boa-fé nos contratos de colaboração não deve se guiar de acordo com a aplicação que se observa no âmbito dos contratos regidos pelo direito civil e de consumo, mas também não deve desconsiderar a incidência de comportamentos oportunistas ou assumir que as partes possuem são hiperracionais, o que reclama seja tal princípio invocado e aplicado de forma especial em relação aos demais ramos do direito.

Em razão disso, a boa-fé nos contratos de colaboração assume especial relevo, conquanto se tem demonstrado nesta tese que tais contratos são um terreno fértil à incidência de dependência econômica, que, por sua vez, é um fator que poderá ensejar a existência de comportamentos oportunistas.

Lupion aduz que:

> Considerando as características antes apontadas da atividade empresarial e o objetivo dos respectivos contratos empresariais, os efeitos e o alcance do dever de cooperação nos contratos empresariais não devem ser examinados sob a mesma ótica do dever de cooperação nos contratos de consumo, por exemplo. (LUPION, 2011, p.149).

Forgioni (2007, p. 108) afirma que interpretar um contrato entre fornecedor e distribuidor é diferente de interpretar uma doação de pai para a filha que vai se casar, sob pena de introduzirmos no corpo do direito comercial um inadequado consumerismo fadado à rejeição.

Exprime-se, assim, que a boa-fé no contexto dos contratos empresariais deve se guiar a partir dos influxos de toda a lógica mercantil, ou como destaca Mendonça:

> As palavras dos contratos e convenções mercantis (digamos do negócio jurídico mercantil) devem inteiramente se entender segundo o costume e uso recebidos no comércio e pelo mesmo modo e sentido porque os negociantes se costumam explicar, pôsto que entendidas de outra sorte possam significar cousa diversa. (MENDONÇA, 1947, v. 6, p. 210).

Segundo Forgioni:

> Essa visão faz com que a boa-fé dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exsurgindo objetivada, ou seja, segundo os padrões de comportamento normalmente aceitos em determinado mercado (ou em determinada praça). A boa-fé liga-se, pois, umbilicalmente aos usos e costumes comerciais, dando-lhes força. (FORGIONI, 2005).

Ou seja, para que seja possível invocar alguma proteção à parte supostamente vulnerável nas relações contratuais assimétricas, a nosso ver, não basta que esta apenas ocupe tal posição, como nos parece ter sido a intenção do autor do Projeto de Novo Código Comercial. A esse respeito, nota-se que, em tal texto, basta que uma das partes ocupe a posição de dependência econômica e que a relação contratual seja assimétrica para que o contrato empresarial seja interpretado em seu favor.

Com efeito, o sistema proposto no Projeto de Novo Código Comercial vai além da proteção decorrente do dever de boa-fé. Na verdade, ele propõe interpretação benéfica ao contratante economicamente dependente simplesmente pelo fato deste ser supostamente dependente, independente de a outra parte ter faltado com algum dever de confiança esperado na relação de colaboração.

Por outro lado, também não é possível desconsiderarmos o fato de que a dependência econômica trará a possibilidade de incidência de comportamentos oportunistas contra a parte dependente, o que exige que a proteção ao contratante dependente considere tal fato como passível de revisão ou resolução dos negócios jurídicos.

9.3.3 A Confiança nos Contratos Empresariais

Tem-se observado que, nos contratos empresariais de colaboração, impera uma lógica específica, que em certa medida se distancia daquela aplicável aos contratos regidos exclusivamente pelo direito civil e pelo direito do consumidor. Nesse aspecto, assume especial relevo a análise que se faz em torno dos contratos empresariais de colaboração, pois nestes, como já observado, as partes não têm condições de definir todos os detalhes do negócio, o que muitas vezes só ocorrerá com a execução do contrato.

Nesse sentido, nota-se que em tais contratos há um fundamento que faz com que eles devam ser reconhecidos e interpretados de maneira diferenciada em relação aos deveres das partes. Isso significa que, em qualquer relação contratual, sempre deve haver um mínimo de confiança entre as partes para que tal relação se forme e se desenvolva, sendo a confiança um dos deveres de conduta que decorrem da boa-fé objetiva.

No entanto, nos contratos de execução imediata ou até mesmo naqueles de execução diferida em que a racionalidade das partes na definição dos seus termos não é tão limitada quanto nos contratos de colaboração, é possível que as partes limitem a possibilidade de incidência de comportamentos oportunistas por meio de salvaguardas contratuais mais claras.

Contudo, nos contratos de colaboração, as partes assumem naturalmente em sua formação que muitas das definições do negócio só serão ajustadas no

transcurso da relação, sendo tal contrato chamado por Forgioni (2005) de “contrato quadro”.

Diante disso é possível notar que o grau de confiança que baliza a conduta das partes nos contratos de colaboração é muito mais intensa do que nos contratos não enquadrados nessa modalidade e, por isso, se sustenta que o dever de confiança aqui deve merecer maior relevo a fim de coibir a prática de comportamentos oportunistas derivados das lacunas contratuais.

Em outras palavras, a confiança que pauta os contratos de colaboração é mais intensa do que aquela que se vislumbra em outros contratos, como por exemplo, em um contrato de execução imediata.

Weber, ao tratar sobre a confiança pessoal entre os contratantes, afirma que:

> Grande parte do sistema de transação de bens, tanto em padrões primitivos quanto em padrões diferenciados tecnicamente, somente é possível através da confiança pessoal e da lealdade dos outros. Além disso, com a importância crescente da transação de bens a prática jurídica torna-se obrigada a garantir ou assegurar este tipo de conduta confiável. Entretanto, dependendo do caso, fica impossível definir com certeza absoluta os testes legais nos quais as novas relações de confiança e lealdade serão regulamentadas. Dessa forma, por meio de tal racionalização ética, os tribunais vêm atendendo a interesses poderosos. Mas também, fora da esfera da transação de bens, a racionalização da lei substitui a avaliação da atitude como sendo o elemento mais importante para a avaliação de eventos de acordo com critérios externos. (WEBER, 2011, p. 282).

Se isso é uma realidade nos contratos empresariais de colaboração, não se deve desconsiderar que tais relações são formadas tendo como fundamento a confiança de que as partes se comportarão de forma especial umas com as outras, já que a inexistência de definições sobre diversos aspectos do contrato de colaboração poderá ensejar, a rigor, a incidência de comportamentos oportunistas.

Nesse sentido, mesmo reconhecendo que nos contratos empresariais as partes dispõem de mais autonomia na fixação dos seus termos; tenham mais noção dos riscos inerentes às suas atividades; tenham que suportar os prejuízos advindos do erro de estratégia empresarial, isso não pode afastar o fato de que, em tais relações de colaboração, deve imperar a confiança em grau superior à confiança ordinária derivada do dever de boa-fé.

Em termos institucionais, já se disse nesta tese que a confiança é uma das instituições que define as regras do jogo contratual, em menor ou maior medida, a depender do tipo de relação existente. É como se a confiança fosse, na expressão

de Cooter e Ulen, uma “norma imperativa” que “é uma norma que está em vigor e não pode ser alterada pelas partes; ela não pode ser deixada de lado por uma das partes.” (COOTER; ULEN, 2010, p. 224).

A confiança atua, nesse contexto, como um mecanismo necessário à concessão de maior segurança jurídica às relações, o que reflete, necessariamente, nos custos de transação. Nesse sentido, Cooter e Ulen ponderam que a redução dos custos de transação “lubrifica” a negociação. Segundo os autores, “um objetivo jurídico importante é lubrificar as negociações privadas diminuindo os custos de transação, sendo mais fácil negociar quando os direitos jurídicos são simples e claros do que quando eles são complicados e incertos.” (COOTER; ULEN, 2010)

Como também já se observou, existe uma relação de proximidade muito evidente entre o princípio da confiança e o da boa-fé objetiva, uma vez que aquele é o próprio substrato para a formação dos contratos de colaboração, ou seja, a confiança não é apenas um parâmetro de comportamento das partes em uma relação de colaboração, mas é principalmente a razão que sustenta tais contratos.

Importante notar que o enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aduz que “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, assim, portanto, a parte lesada não está obrigada a provar culpa ou dolo, mas apenas demonstrar a existência da violação”

O que ocorre é que a boa-fé nos contratos empresariais tem aplicação mitigada, como já se observou em outro capítulo, e isso significa a necessidade de tratamento especial em relação à confiança nos contratos de colaboração. Nesse sentido, sustenta-se que a confiança, no contexto dos contratos de colaboração é um elemento integrante do próprio contrato e não apenas um dever de conduta.

Isso significa que, tendo em vista que os contratos de colaboração são marcadamente incompletos, e assumindo que as partes não dispõem de racionalidade suficiente para definição de todos os seus termos, o que torna o contrato possível é a confiança de que uma parte irá agir de acordo com o pressuposto de ser do contrato.

Assim, é possível observar que a confiança também incide como causa[46] formadora dos contratos de colaboração e sua quebra traduz a possibilidade de

[46] O sentido de causa parte da noção Aristotélica, que aduz que uma coisa é o que é devido a sua *forma*. Como, porém, o filósofo entende essa expressão? Ele compreende a forma como a explicação da coisa, a causa de algo ser aquilo que é. Na verdade, Aristóteles distingue a

resolução do negócio ou até mesmo a obtenção de tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer[47], o que, aliás, é uma medida muito utilizada no âmbito dos contratos de distribuição de combustíveis. Prosseguindo, interessante é a análise sobre a noção de causa nas relações sinalagmáticas. Sobre isso, Penteado aduz que:

> A causa material de um contrato precisa ser esclarecida como um elemento do que procede e que atualmente lhe dá sustento para ser este ato concreto. A matéria, como possibilidade de ser necessita de atualização, está relacionada com a ideia de procedência. Não há contrato sem um substrato mínimo de existência que o constitua. O contrato não surge de uma instituição bilateral concordante e congruente, sintonizada em ato telepático, por exemplo. Necessita de uma etapa prévia em que as partes fazem escolhas, propostas e contrapropostas, opções. Há toda uma estratégia para a contratação, mesmo quando o contrato se exaure num ato simples como o depósito de uma moeda em máquina que fornece produto. Existem realidades das quais o contrato essencialmente depende para se formar. Sem elas, não há contrato. [...] A procedência implica certos deveres porque a formação do fenômeno obrigacional raras vezes é instantânea como um relampejar. O que acontece antes do surgimento da obrigação na esfera jurídica do credor e do devedor influencia seu regime. Como a obrigação consiste numa série de atos conducentes ao adimplemento, verdadeiro processo, esses atos produzem efeitos jurídicos que vinculam as partes. (PENTEADO, 2013, p. 148-149).

O autor ainda diferencia a boa-fé do sentido de causa, na medida em que a boa-fé parte da noção do comportamento que deve ser observado pelas partes, tanto na formação, quanto na execução e após o término da relação contratual, isso tudo com fundamento na noção de justiça e eticidade que deve pautar o relacionamento obrigacional. Já a causa, segundo Penteado (2013, p. 153), não seria apenas uma mera regra de conduta e somente um dever de agir, mas é um elemento que faz parte da própria estrutura do contrato.

A diferenciação é importante, na medida em que, ao reconhecer-se que a confiança é a própria razão de ser do contrato de colaboração, sua incidência será

---

existência de quatro causas diferentes e complementares: Causa material: de que a coisa é feita? No exemplo da casa, de tijolos; Causa eficiente: o que fez a coisa? A construção; Causa formal: o que lhe dá a forma? A própria casa;Causa final: o que lhe deu a forma? A intenção do construtor. Embora Aristóteles não seja materialista (vimos que a forma não é a matéria), sua explicação do mundo é mundana, está no próprio mundo. Finalmente, para o filósofo, a essência de qualquer objeto é a sua função. Diz ele que, se o olho tivesse uma alma, esta seria o olhar; se um machado tivesse uma alma, esta seria o cortar. Entendendo isso, entendemos as coisas. (OLIVIERI, 2006).

[47] Novo Código de Processo Civil Art. 536: Art. 536 No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

mais intensa. Em outros termos, toda relação contratual deve-se pautar pela boa-fé das partes, mas nem todas elas dependerão essencialmente do elemento confiança para se desenvolverem.

Branco, ao se referir sobre a autonomia do princípio da confiança em relação à boa-fé, assume que:

> Tal princípio tem autonomia científica, mas tem sido tratado no direito brasileiro em estreita vinculação e certa dependência com o princípio da boa-fé. Princípio da confiança e boa-fé não se confundem. Sob o ponto de vista estrutural há uma distinção nuclear, pois embora seja possível identificar o princípio da boa-fé, a dogmática desenvolvida em torno da boa-fé objetiva, esteve associada à cláusula geral de boa-fé, notadamente no que diz respeito ao § 242 do BGB. [...] **O âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança**. [...] O certo é que a boa-fé precisa de referências constantes à confiança, pois a sua adoção pelo ordenamento sob a forma de cláusula geral deixa dúvidas sobre a sua real natureza. É correto afirmar a existência do princípio da boa-fé, mas é tecnicamente mais adequado tratar-se de cláusula geral da boa-fé, pois o princípio realizado por meio da aplicação concreta de tal cláusula geral é, por via de regra, o princípio da confiança. (BRANCO, 2002, p. 184, grifamos).

Sobre isso, Lisboa (já afirmava, sobre as bases do contratos mercantis, o seguinte:

> Quatro cousas são muito importantes nos Contractos Mercantis: 1. a clareza por escripto; 2. a data; 3. a declaração de por conta de quem se fez o trato; 4. a escripturação em dia no Livro do Diário. Ainda que a simples palavra de honra, seja a cousa mais sagrada no commércio, e o timbre, e brazão dos commerciantes, e se fação em praça muitas transacções do maior porte só ajustadas de palavra, que não se podem com decência distratar; todavia convém que se reduzão logo a escripto, para prevenir dúvidas, e poder apresentar-se título ao Juiz, sendo necessário. (LISBOA, 1811, p. 1).

Pode-se sustentar que o princípio da confiança, apesar de não se encontrar expressamente previsto na legislação brasileira, pode ser visto como um princípio implícito do nosso ordenamento[48].

Observa-se que tal princípio é um subprincípio da segurança jurídica. “O princípio da proteção da confiança é a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança jurídica. O fundamento de ambos é o Estado de Direito.” (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 94).

---

[48] E o princípio da confiança legítima é um desses princípios implícitos em nosso ordenamento jurídico25. Mesmo sem disposição legislativa expressa consagrando-o, sua existência permeia todo o ordenamento jurídico, o que se reflete em inúmeras disposições consagradas no plano legislativo. (MARTINS, 2008, p. 15).

O princípio em questão também é amplamente estudado no âmbito do direito administrativo. Neste âmbito, aduz Medauar que:

> Também denominado princípio da proteção da confiança, apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica. Consagrado no ordenamento alemão, adotado no direito holandês, vem se consolidando na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia, estabelecendo-se a todo particular que se encontre numa situação na qual sobressai que a administração comunitária fez nascer esperanças fundadas. (MEDAUAR, 2003, p. 246).

No âmbito do direito empresarial, entende-se que o grande mérito do princípio da confiança é tornar mais palpável o princípio da boa-fé objetiva, já que este carrega consigo uma amplitude interpretativa muito grande e que deve ser solucionada, sob pena de transformar-se em um princípio vago e impreciso, incidindo sobre tais relações com alguma imprecisão teórica.

Nessa medida, a boa-fé objetiva deve incidir sobre todos os contratos, mas, especialmente nos contratos de colaboração empresarial, observa-se em precedentes já citados nesta tese, que o risco empresarial, em muitos casos, afasta ou mitiga a aplicabilidade da boa-fé objetiva, devendo isso merecer cuidadosa atenção em tais contratos, pois nestes as lacunas contratuais podem estimular a adoção de comportamentos oportunistas.

Em outras palavras, nos contratos de colaboração, o que deve guiar a ação das partes é, de forma prioritária, a confiança, e não a boa-fé em sentido amplo.

Assim, se não aplicarmos a confiança como a própria razão de ser dos contratos de colaboração, corre-se o risco de que condutas tidas como oportunistas sejam toleradas no contexto empresarial como uma decorrência normal do risco assumido pelas partes. Ou seja, a premissa do risco assumido pelas partes no contexto empresarial não pode servir de proteção para comportamentos que venham a frustrar a confiança, que é a causa da relação entre as partes.

A esse respeito, exemplifica-se a corriqueira situação envolvendo a definição de preços de forma unilateral pelo fornecedor, nos contratos de distribuição de combustíveis. Ora, nos contratos de colaboração, não há como o fornecedor fixar qual será o preço do produto projetando-o para os próximos meses ou anos. Nesse âmbito, também não é possível que o distribuidor faça parte da definição deste preço. Ademais, sua composição se dá em função de variáveis que somente o fornecedor pode dispor.

Também não é possível deixar que tais valores sejam simplesmente definidos em função do mercado, pois, na fixação de preço de combustíveis, um mero centavo pode fazer uma grande diferença competitiva. Sendo assim, espera-se que, em tais relações, o fornecedor seja o mais honesto possível e atue de forma a preservar a confiança depositada pela outra parte, sobretudo para que o preço por ele praticado permita ao distribuidor exercer sua atividade da forma mais competitiva possível.

Em outras palavras, a manutenção do contrato, neste mero exemplo, demonstra que a parte dependente economicamente dependerá muito mais da lealdade e confiança da outra do que de outros critérios mais precisos.

Muito embora seja apenas uma simples casuística, o exemplo demonstra a possibilidade de ocorrência de situações semelhantes nos mais diversos tipos de contratos colaborativos, o que torna a confiança elemento capaz de demonstrar que, não basta agir com boa-fé, as partes devem colaborar para que os fins daquele contrato sejam alcançados. Ou seja, exige-se uma postura das partes neste tipo de relação que seja mais ativa e pautada na efetiva colaboração.

Assim, nos contratos colaborativos, as partes têm, além do natural dever de agirem de acordo com os postulados da boa-fé objetiva, um outro dever que decorre da própria causa do contrato, qual seja, a confiança. Isso traduz um dever especial de colaborar entre as partes para que haja êxito no negócio.

Nesse contexto, entendemos que nesse tipo de situação, ainda que não haja cláusula expressa, a negociação deve se guiar de acordo com a premissa de “melhores esforços das partes” para que o negócio atinja seu fim. Ou seja, não basta agir de acordo com os deveres de conduta decorrentes da boa-fé, mas impõe-se esforço recíproco para que as partes atinjam seus objetivos.

Nesse âmbito, ao mesmo tempo em que os contratos de colaboração trazem consigo lacunas contratuais inevitáveis, também se afigura nesse campo que as partes aceitarão tais lacunas, motivadas principalmente pela atuação honesta da outra parte. Sobre isso, Branco aduz que: “As expectativas recíprocas e complementares consistem justamente na confiança que cada uma das partes de um contrato tem em relação ao comportamento da outra, razão determinante da incidência do princípio da confiança.” (BRANCO, 2002, p. 189).

No âmbito do direito civil, nota-se que a questão da confiança como fundamento interpretativo foi adotada na teoria da *Venire Contra Factum Proprium*, tratando o enunciado número 362 do Conselho da Justiça Federal da questão nos

seguintes termos: “Enunciado 362 - Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007, p. 45).

Observa-se que o princípio da confiança, neste aspecto, busca proteger as legítimas expectativas de uma das partes com o objetivo de evitar que alguma das partes em uma relação contratual atue de forma contrária aos seus próprios atos. Já no âmbito desta tese, como observado, o princípio da confiança não busca evitar a existência de comportamento contraditório, mas é a causa que guia e que exige que as partes atuem de forma ativa no sentido de proteger os interesses da outra parte.

Como destaca Martins:

> Embora a confiança tenha diversos matizes e graduações, a idéia básica é que os sujeitos aderem a relações jurídicas específicas em virtude de representações manifestadas por terceiros, independentemente de uma maior ponderação sobre todas as consequências causais dessa adesão. E esse fato ocorre, exclusivamente, pela confiança depositada na outra pessoa ou na própria relação jurídica. Importa notar, entretanto, que essa confiança não significa inconsequência ou mesmo ingenuidade. O confiar nada mais é do que uma necessidade social. Afinal, o ser humano precisa eliminar algumas das possibilidades que lhe são diuturnamente oferecidas, para reduzir a complexidade social e permitir uma intervenção mais eficaz nas suas redes de relações. [...] Vê-se que a proteção da confiança não é apenas uma questão meramente ética ou moral. Ela se consubstancia em uma necessidade do próprio modelo jurídico e do contexto social contemporâneos. Isto porque, conforme apontado pela própria doutrina brasileira, a proteção da confiança legítima assume duplo papel no ordenamento: i) atua como uma proteção das legítimas expectativas; e ii) ao mesmo tempo funciona como justificativa da vinculabilidade das partes à relação jurídica. Assim, no que poderíamos chamar de sua “dimensão negativa”, ela busca proteger as expectativas legítimas criadas pela conduta de terceiros. Nessa dimensão, a confiança permite aos indivíduos prosseguir com suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem se confiou. (MARTINS, 2008, p.11-19).

As palavras do citado autor apenas reforçam o que se tem sustentado em relação ao princípio da confiança, na medida em que se nota que a confiança visa a proteger as partes em uma relação contratual, permitindo que estas prossigam “com suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem se confiou.” (MARTINS, 2008, p. 12).

Nos contratos de colaboração, observa-se, não há como as partes se vincularem, sabendo de antemão todos os desdobramentos possíveis que poderão advir daquela relação e, ainda que os advogados da partes se esforcem no sentido

de tentar disciplinar todas as salvaguardas possíveis, fato é que será a confiança que irá ditar as regras desse negócio. Dito de outra forma, a “cláusula” mais importante dos contratos de colaboração é a cláusula implícita que diz que as partes devem respeitar a confiança depositada pela outra, guiando seus atos de forma a proteger tais expectativas.

Nesse sentido, Martins-Costa (2006, p. 99) aduz que é a partir da vinculação das partes pela confiança recíproca que surgem deveres de não se frustrar as expectativas das outras partes, bem como de evitar ações falsas, temerárias ou infundadas. Nesse sentido, Martins, afirma que:

> Não é absurdo ou meramente retórico, portanto, afirmar que, sem uma adequada proteção da confiança legítima, o sistema jurídico sequer estará cumprindo seu papel. Afinal, o homem que confia, necessariamente, coloca-se numa posição mais frágil e vulnerável dentro de determinada relação jurídica. Para compensar essa vulnerabilidade, cabe ao ordenamento jurídico garantir um mínimo de segurança para o desenvolvimento das atividades do indivíduo. Nesse ponto é importante perceber que, com a adequada proteção da confiança legítima, o ordenamento não apenas garante a segurança e a confiabilidade nas relações sociais, mas também, de maneira reflexa, acaba por fortalecer a própria “confiança” no ordenamento jurídico. É necessário, assim, proteger a confiança depositada, como meio de fortalecer o papel da auto-responsabilização dos sujeitos na relação jurídica e também a segurança jurídica, tanto nessas relações como no ordenamento. (MARTINS, 2008, p. 13).

Para Ascenção, para que a violação ao princípio da confiança mereça amparo, devem coexistir alguns elementos, a saber:

> i) a confiança deve fundar-se na conduta de outrem; ii) ela deve ser justificada; iii) o agente deve ter feito o chamado ‘investimento de confiança’; e iv) há um comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas. (ASCENÇÃO, 2006).

Em relação aos contratos de colaboração, nota-se que é da sua essência gerar uma clara expectativa de que as partes agirão no sentido de tornar a relação lucrativa para todos, o que é justificado pelo fato de ambas as partes desejarem auferir vantagens nesse contexto. Isso se soma ao fato de em tais contratos justificar-se uma atitude colaborativa que vai além do padrão normal estudado no âmbito da teoria dos deveres anexos, já que o objeto do contrato só será atingido com a aplicação de tal colaboração.

Já em relação ao investimento de confiança, está relacionado à necessidade de recomposição patrimonial diante da frustração à confiança depositada, o que

ganha mais relevo nos contratos de colaboração, uma vez que, para o desenvolvimento de tais relações, as partes devem, em regra, contribuir com vultuosos investimentos. É o que aduz Martins:

> Assim, é importante que quem quebra a confiança em si depositada por outro deve restabelecer a ordem anterior, responsabilizando-se pelo ressarcimento dos prejuízos causados. E, *a contrario sensu*, aquele que investe seus bens materiais em determinada relação jurídica, quebrada pelo comportamento contraditório da outra parte da relação, tem o direito de ser ressarcido, mesmo como forma de restabelecer o *status quo ante*. Nesse sentido, o que pode parecer um termo vago, como "investimento de confiança", ganha um caráter bastante objetivo e aferível. (MARTINS, 2008, p.14).

Sob a perspectiva econômica, Gambetta define a confiança da seguinte forma:

> Confiança (ou, simetricamente, desconfiança) é um nível específico de probabilidade subjetiva em que um agente avalia que outro agente ou grupo de agentes irá desempenhar um ação específica, tanto antes que ele possa monitorar tal ação. […] Quando dizemos que confiamos em alguém ou que alguém é digno de confiança, implicitamente significa que a probabilidade de que ele irá executar uma ação que é benéfica, ou ao menos não prejudicial a nós, é grande o suficiente para que consideremos alguma cooperação com ele. (GAMBETTA, 1988, p. 217, tradução nossa). [49]

Coase aduz que "o mercado é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas". (COASE, 1960). O mercado, como um espaço de trocas, é um referencial de comportamento que afeta as expectativas dos agentes econômicos nele envolvidos, e os contratos são o veículo no qual tais expectativas serão materializadas, ou, como afirma Ribeiro e Galeski Junior:

> A concepção econômica de contrato se volta com predileção para os pactos que se fazem necessários quando as relações econômicas não são imediatas, ou seja, quando há necessidade de dilação de tempo para seu cumprimento, o que pressupõe a incerteza do adimplemento. A incerteza no cumprimento pode ser entendida como o risco nas atividades contratuais. [...] A análise econômica do contrato afirma que ele é um instrumento adequado a gerir o risco, pois pode ajudar os agente econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, dessa forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente. O contrato, portanto, destina-se a tratar da distribuição das obrigações e dos riscos do negócio, e as partes contratantes confiam que o acordo seja cumprido tanto em

[49] Trust (or symmetrically, distrust) is a particular level of subjective probality with which an agent assesses that another agent or group of agents will perform a particular action, both before he can monitor such action. [...] When we say we trust someone or that someone is trustworthy, we implicitly mean that the probability that he will perform an action that is beneficial or at least not detrimental to us is high enough for us to consider engaging in some form of cooperation with him.

> relação a umas quanto a outros. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 148).

Nesse sentido, Ribeiro e Galeski Junior aduzem que:

> A confiança no contrato e na possibilidade de se o fazer cumprir gera ganho de eficiência na medida em que dá dinamicidade à economia. Assim, uma empresa firmando contrato hoje pode realizar negócios com projeção futura contando com esses ganhos. Entretanto, essa dinamicidade depende de quanto as partes realmente desejam cumprir o contrato e qual a estrutura institucional que permeia o ambiente negocial. A proteção legal fornecida pelas instituições (leis e Poder Judiciário) incentiva a cooperação entre os sujeitos contratantes. A cooperação é a probabilidade de ação que o sujeito contratante adotará para cumprir o pacto firmado e que varia conforme seja maior ou menor a possibilidade legal de exigir o seu cumprimento. . (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 148).

Speidel, ao tratar sobre a importância das normas que reforçam a colaboração entre as partes nos contratos relacionais, cita Macneil, aduzindo que:

> Ian Macneil identificou normas que são necessárias para maner uma relação – como solidariedade, reciprocidade e integridade nos papéis – e outras normas que podem ser criadas pelo comportamento das partes ao longo do tempo – como aquelas que apoiam cooperação, compartilhamento de risco e preservação da relação. Estas normas internas são reforçadas quando podem ser harmonizadas por normas externas, tais como os "deveres" gerados pelo comportamento de outras pessoas em situação semelhante, mas elas não são dependentes de harmonização. Talvez essas normas internas funcionem bem sem a intervenção dos tribunais. No entanto, se a teoria relacional é ser mais do que um corpo de princípios e sanções não jurídicas, as normas internas devem tornar-se parte integrante do contrato. (SPEIDEL, 1993, p. 793, tradução nossa). [50]

Nesse contexto, o que se observa é que nos contratos relacionais, assim como nos contratos de colaboração, a confiança assume um duplo papel. O primeiro é o de determinar o dever que as partes têm de agir de forma positiva, atuando e colaborando para que a outra parte atinja as finalidades do contrato de colaboração. Nesse sentido, surgindo controvérsias, as partes têm o dever de promover negociações ou até mesmo a mediação entre elas ou a aplicação da cláusula

[50] Ian Macneil has identified norms that are necessary to hold the relationship together-such as solidarity, reciprocity and role integrity-and other norms that may be generated by party behavior over time-such as those supporting cooperation, risk sharing and preserving the relationship. These are norms internal to the relationship. The "is" of actual behavior becomes the "ought" by which the relationship is governed. These internal norms are reinforced when they can be harmonized by external norms-such as the "oughts" generated by the behavior of others similarly situated-but they are not dependent upon harmonization. Perhaps these internal norms function well without the intervention of courts. Nevertheless, if relational theory is to be more than a body of nonlegal principles and sanctions, the internal norms must become part of the contract.

implícita de melhores esforços. Ainda assim, caso as partes não logrem atingir seus objetivos, ainda assim existirá a possibilidade de obtenção de tutela específica com a obrigação de fazer ou não fazer.

Por outro lado, o princípio da confiança também exige que as partes tenham um dever de não agir de forma a frustrar as expectativas da outra parte, ou seja, não adotando comportamentos oportunistas que venham a frustrar tais expectativas.

Em todos os casos, o princípio da confiança também tem o grande mérito de permitir que as relações contratuais de colaboração sejam desenvolvidas em um ambiente mais coerente com as finalidades do contrato.

Além disso, o princípio permite que, na hipótese de as partes terem que recorrer ao judiciário para que o negócio seja revisto ou até mesmo em tutelas com obrigação de fazer ou não fazer, os juízes tenham maiores elementos para suprirem eventuais lacunas, já que, sendo a confiança a causa do contrato, caso isso seja necessário, qualquer análise será guiada de acordo com tal finalidade.[51]

9.3.4 Autonomia e Racionalidade nos Contratos Empresariais

Autonomia[52] é o poder que o homem possui de decidir quais termos irão reger suas relações e é um assunto que se relaciona com a temática abordada nesta tese, na medida em que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente nas relações contratuais assimétricas pretende adequar[53] o conteúdo

---

[51] Sobre isso, Cooter e Ulen: Os tribunais necessitam de regras para preencher lacunas em contratos. Uma teoria dos contratos deveria dar orientação aos tribunais (e, através das decisões deles, às partes privadas e as seus advogados) respondendo a seguinte pergunta: "Como os tribunais deveriam completar as lacunas em contratos? Nossa resposta é outro exemplo do Teorema Normativo de Coase, pelo qual o direito procura induzir o comportamento eficiente mediante a redução dos custos de transação. As vezes, os tribunais preenchem uma lacuna imputando uma condição ao contrato, o que significa agir como se as partes tivessem negociado uma condição que elas não negociariam efetivamente. (COOTER; ULEN, 2010, p. 224).

[52] A doutrina tradicional do Direito Civil sempre identificou a necessidade e a liberdade como os dois grandes movimentos e as duas grandes forças que dirigem e governam ao mesmo tempo, em suas múltiplas formas de atuação, todo o complexo da operosidade humana. Por isso é imperioso que o interprete dos negócios jurídicos bilaterais tenha sempre em mente que o contrato é a expressão de liberdade operosa e de realização efetiva dessa liberdade, para o bem particular e em respeito ao interesse público, a que essa vontade livre deve se subordinar. Não parece expressão de liberdade operosa o que se vê, muitas vezes, nas hipóteses de muitos contratos celebrados em massa, em que é a necessidade urgente que coordena a contratação. A compreensão da liberdade de contratar apenas sob a visão estreita do pacto firmado não condiz com o sentido próprio da expressão liberdade de contratar, que se deve exercer em consonância com as regras de interesse público. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 410).

[53] Naves aduz que a proteção da parte mais vulnerável não limita a autonomia privada, ela é apenas mais um fator de sua moderna conformação. Busca o reequilíbrio, isto é, tenta restabelecer a autonomia contratual da parte vulnerável, na medida em que a coloca em condições de

dessa autonomia, fixando a possibilidade de a parte contratualmente dependente reclamar proteção especial em face da sua contraparte.

Em relação à racionalidade, como observado em outras passagens desta tese, os agentes econômicos reagem a incentivos e condições de mercado, sendo também observado com assento em Ribeiro e Galeski Junior que:

> [...] nos contratos empresariais há um verdadeiro jogo de cooperação, com a fixação de limitações para todas as partes, mas cujo objetivo final é a maximização dos resultados comuns a partir da lógica fundada na busca pelo lucro individual. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 202).

Como destaca Pompeu:[54]

> [...] a Análise Econômica do Direito considera que os agentes que se articulam agem de forma racional, delineando atuações consistentes como recurso para a maximização de seus interesses. A conduta que promove interesse próprio nem sempre recusa, rejeita ou prejudica interesse comum, bem como a conduta que afirma considerar o bem-estar social nem sempre auxilia no desenvolvimento de todos. E o contrato por possibilitar uma evidente circulação de riquezas pode, deve e existe para articular o cenário público e o privado. (POMPEU, 2012, p. 97).

Como dito por Cooter e Ulen:

> [...] no âmbito econômico supõe-se que cada agente busque maximizar algo, como no caso das empresas que buscam maximizar seus lucros e nesse processo de escolhas, a racionalidade assume especial papel, posto que é a partir dela que tais agentes podem classificar suas alternativas conforme a satisfação proporcionada por cada uma. (COOTER; ULEN, 2010, p. 36).

---

negociação. Ainda segundo o autor, a proteção às situações de vulnerabilidade apenas adéqua a autonomia de ação à autonomia crítica. (NAVES, 2007, p. 241).

54 A autora afirma que: A racionalidade contratual revela-se cada vez mais complexa e sempre foi será movimentada por questões econômicas, que poderão ser tratadas e interpretadas por uma ótica neoliberal, mais frequente, ou como se pretende, modernamente, por um viés econômico mais “welfarista”. A relação contratual se destaca por sua função econômica por meio de uma racionalidade de custo e benefício, pela avaliação dos custos de transação, com a maximização de ganhos. Modernamente pretende-se superar o modelo liberal clássico, aprendido durante muitos anos, e intensamente praticado, por uma visão de mercado menos econométrica dita de valores sociais de cooperação e solidariedade. A concepção liberal não consideraria a justiça num sentido substantivo, mas apenas formal. Este é um dos desafios da moderna racionalidade do contrato. Compreender os valores da lógica econômica do mercado, assim como saber promover relações jurídico-econômicas menos utilitaristas. Porém, os valores liberais parecem mesmo globalizados, em maior ou menor grau, dependendo do mercado, mas como os mercados regionais se unem num mercado de abrangência mundial, no momento de aplicação da norma, resta ao poder judiciário o papel residual de tentar minimizar a fragilidade negocial por revisões radicais do contrato.

A questão que se apresenta neste capítulo diz respeito à autonomia conferida às partes nos contratos de colaboração empresarial. Nesse sentido, havendo maior liberdade às partes, quais seriam os limites impostos pelo ordenamento jurídico para se evitar a adoção de comportamentos oportunistas e quais as relações disso com a proteção ao contratante economicamente dependente.

Nesse contexto, importante é que se verifique até que ponto nos contratos empresariais poderá o Estado se imiscuir, ditando especial proteção ao agente econômico vulnerável, adequando sua vontade de forma a reequilibrar a relação das partes, o que exige a análise acerca dos fundamentos que justificam tal ingerência nos contratos regidos pelo Direito Civil.

Nota-se que a proteção ao contratante economicamente dependente não é uma realidade nova em nossa jurisprudência, colhendo-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça[55] no sentido de confrontar a autonomia das partes em relação à dependência econômica, ou seja, quando houver dependência econômica, a autonomia será sacrificada em prol da segurança jurídica.

No julgado ora apresentado se colhem informações interessantes no âmbito do que tem-se discutido nesta tese, conquanto nota-se que o Tribunal adotou

---

[55] [...] 4. A sentença, invocando a boa-fé, apura que há documentação nos autos demonstrando ser evidente que a Refinaria - que ofereceu garantia real no penhor mercantil - e a Distribuidora, emitente da cédula de crédito bancário, mantêm "estreita relação" e mesmo "endereço comercial" e que a recorrente "é empresa de grande porte, com longa experiência em negócios comerciais, não sendo crível que, somente na hora em que a credora foi em busca do bem dado em garantia é que tenha se lembrado que não havia recebido tais bens". Em vista dessa moldura fática, a tese de que o negócio jurídico firmado pela Refinaria necessitaria de prévia anuência do Conselho de Administração da Companhia testilha com a essência do direito comercial, que repele o formalismo exacerbado, em benefício do dinamismo do tráfego jurídico, da celeridade e segurança das relações mercantis. 5. **Nas avenças mercantis típicas, em que não há dependência econômica de nenhuma das sociedades empresárias, "as partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da 'proteção externa')", não sendo "desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso poderia levar ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas, a um nível insuportável"**. 6. O Código Comercial, a teor do revogado artigo 271, tratava o penhor mercantil como contrato, todavia o Código Civil inclui o penhor entre os direitos reais de garantia, sem que tenha procedido à substancial modificação em sua disciplina.Com efeito, em que pese o Diploma civilista não dispor textualmente acerca da possibilidade de fazer-se a tradição simbólica, isso ressai nítido da leitura de seu art. 1.431, parágrafo único, que estabelece que no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, "as coisas empenhadas continuam em poder do devedor". 7. À luz do artigo 1.431, parágrafo único, do Código Civil c/c os artigos 31 e 35, da Lei 10.931/2004, ainda que o dador não figure como emitente (devedor) da cédula de crédito bancário (obrigação principal); sendo, pois, terceiro em relação a essa avença, é possível que a garantia real seja constituída por bem de sua titularidade. Recurso especial não provido. (BRASIL. STJ. REsp. nº 1377908 / RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2013).

entendimento no sentido de que, não havendo dependência econômica, deve se adotar interpretação que favoreça a segurança das relações empresariais, com maior a autonomia privada das partes de forma a favorecer a segurança das relações.

A contrario sensu, havendo dependência econômica, deve haver critério especial de interpretação sobre o contrato empresarial, o que denota a necessidade de critérios mais claros em relação a aplicação de tal princpipio, como tem-se desenvolvido ao longo desta tese.

Também com base em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se alguns importantes elementos de apoio à temática desenvolvida neste tese; Em tal precedente, observa-se que:

> 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, extraindo-se daí (da diferença entre o valor da compra e o obtido com a revenda) sua margem de lucro. 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**. 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. (BRASIL. STJ. REsp. nº 1403272 /RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 2015, Grifamos).

É possível observar nesse julgado, datado de 2015, que o Superior Tribunal de Justiça considera distintas as circunstâncias de dependência econômica e desequilíbrio contratual, seguindo a mesma linha que tem-se aqui defendido. Ou

seja, como já observado nesta tese, de fato nos contratos de colaboração é comum a situação envolvendo a dependência econômica, mormente pelo fato de estar o distribuidor ou franqueado vinculado em caráter exclusivo ao fornecedor ou franqueador.

Isso faz com que o distribuidor ou o franqueado se veja numa situação de dependência econômica que decorre naturalmente da relação contratual de colaboração existente, sem que isso, no entanto, signifique que haverá, necessariamente, desequilíbrio contratual a merecer amparo protetivo.

Com efeito, sustenta-se nesta tese que tal proteção só será exigida caso seja demonstrada a incidência de comportamentos oportunistas geradores da quebra da confiança existente entre as partes, ou seja, não é a dependência econômica que guiará a interpretação favorável a uma das partes, mas o comportamento em desconformidade com o princípio da confiança.

Além disso, também se nota no julgado a prevalência que deve existir em relação à autonomia das partes, de modo que o que tenha sido expressamente consignado por elas será a baliza para o normal cumprimento das obrigações.

Segundo Naves:

> [...] a autonomia privada constitui-se na interação da autonomia crítica com a autonomia de ação. A autonomia crítica é o poder do homem de se compreender e compreender o mundo à sua volta, ou seja, é o poder de avaliar a si e o mundo, estabelecendo relações a partir de seus pré-conceitos. (NAVES, 2007, p. 236).

Em complemento, Naves afirma que:

> [...] como princípio jurídico, a autonomia privada é norma jurídica que atribui aos particulares um poder. Impregnada de imperatividade, atua como diretriz para outras normas (plano da justificação) ou como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto, que determinará seu conteúdo (plano da aplicação). (NAVES, 2007, p. 237).

Com efeito, a autonomia que as partes possuem de ditarem as regras que vão nortear o negócio jurídico por elas entabulado e, do mesmo modo, o nível de ingerência do Estado sobre tais contratos, dependerá do contexto relacional das partes, ou seja, o nível de autonomia e de ingerência do Estado não é e nem poderia ser o mesmo para contratos firmados no âmbito do Direito Civil, Consumidor e Empresarial.

Como muito bem observa Naves:

> [...] a autonomia tem delimitações internas, a partir de sua condição relacional e principiológica e a normatividade principiológica da autonomia privada dá a ela essa plasticidade, permitindo que se amolde mais facilmente ao momento histórico, estando mais presente em alguns momentos e mais restrita em outros. (NAVES, 2007, p. 238).

Assim, é de se conceber que a autonomia e a ingerência estatal poderão ser maiores ou menores em razão não apenas do contexto histórico no qual estejam as partes envolvidas, mas também do próprio contexto econômico e social[56].

Como tem-se sustentado, os fatores históricos e sociais que justificam a existência de maior ingerência estatal sobre a autonomia das partes não há que seguir, nos contratos empresariais, a mesma lógica dos contratos civis.

No Estado liberal, é consabido que a autonomia da vontade representava o resultado de uma ideologia fundada na liberdade e na igualdade formal das pessoas, ambas decorrentes de um individualismo escorchante, destacando Faria que "o surgimento de tal princípio representava a evolução do comércio naquele contexto, facilitando as transações individuais e consequentemente a circulação de riquezas." (FARIA, 2007, p. 57).

Faria assevera que:

> [...] a posição ocupada pelo Estado, segundo tal ideologia, seria a da mínima interferência na esfera individual, dado que ao homem seria concedida a plena liberdade de realizar negócios jurídicos, no que se refletiu uma ampla liberdade contratual, seja na fixação do conteúdo dos contratos, seja na escolha dos parceiros contratuais. (FARIA, 2007, p. 57).

Nesse contexto, Prata assevera que:

> [...] a autonomia privada é o "poder reconhecido pela ordem jurídica do homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade econômica),

[56] Já foi dito que a autonomia somente se molda com sua natureza heterônoma como fundamento, exatamente porque no exercício da liberdade e aqui da liberdade negocial não é possível descartar das decisões as tendências, inclinações, obrigações, modelos que se impõem e alteram o chamado comportamento racional. Como já se disse, isto não quer dizer que existam decisões irracionais, mas sim comportamentos de racionalidade mais ou menos limitada, dividida essa em vários gradientes, em que se encontra mais ou menor grau de autonomia e heteronomia. No processo de formação do contrato, que é exatamente o momento mais intenso de todas essas deliberações econômicas, tanto se faz presente o exercício da autonomia negocial, bem como da heteronomia cultural, ambas articuladoras da estruturação recepcionada das categorias jurídicas mais convenientes para os seus autores. (POMPEU, 2012, p. 91).

> realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. (PRATA, 1982).

Para Naves:

> [...] a autonomia privada é o reconhecimento da racionalidade humana. No entanto. Esse poder será geralmente exercido segundo a análise probabilistica de perdas e ganhos. Nesse contexto, ainda segundo o autor, a autonomia tem efeitos distributivos. A regulamentação privada transfere riscos de uma parte a outra e a regulamentação estatal protege instituições e limita efeitos econômicos. (NAVES, 2007, p. 246).

A questão da autonomia, como se nota, entrelaça-se necessariamente com a racionalidade das partes em uma relação jurídica, de forma que, quanto mais racionais são as escolhas das pessoas, maior será o espectro de autonomia que lhes será concedido, o que justifica toda a estruturação da autonomia das partes nas relações civis e consumeristas nos dias atuais.

Logo, naquelas relações em que o grau de racionalidade das partes é mitigado, cabe ao Direito equilibrá-las, de forma a garantir que a funcionalidade dos contratos seja alcançada, mas não é isso que deve imperar nas relações empresariais.

Com efeito, indaga-se em que medida a autonomia das partes em suas relações contratuais empresariais será afetada em função do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente que, como temos observado, se aprovado nos moldes previstos no Projeto de Novo Código Comercial, será aplicável a todo e qualquer contrato empresarial em que houver algum desequilíbrio entre as partes.

Como a autonomia das partes no contexto empresarial é maior que aquela cotejada sob a perspectiva civil e consumerista, tem-se sustentado que os contratos empresariais possuem um regramento próprio e que se sujeita, em larga medida, aos influxos do mercado, por óbvio, sendo um dos seus vetores interpretativos a racionalidade que as partes em tais relações possuem ao decidirem contratar.

Assim, não se pode desconsiderar que a confiança, como tem-se sustentado, é a causa formadora das relações de colaboração e que deve ser enaltecida nesse contexto, sob pena de se ficarem desconfiguradas a segurança e previsibilidade que são inerentes a tais contratos. É o que aduz Ribeiro e Galeski Junior:

> Portanto, é lícito concluir que o contrato empresarial – e especialmente esse tipo contratual – é formado sob uma base racional de maximização de benefícios individuais facilmente mensurados em termos de ganhos financeiros. Não se nega que as demais figuras contratuais possíveis, quais sejam, de direito comum ou que retratem relações de consumo, também objetivem o ganho pessoal. Isso seria negar a própria essência do homem como agente econômico. Entretanto, nessas espécies contratuais, em geral, a maximização é especialmente direcionada para satisfação de necessidades pessoais – vitais ou dispensáveis. A racionalidade, desse modo, é critério indispensável para que o Juiz interprete as disposições contratuais empresariais ou para que colmate lacunas eventualmente existentes. Aliás, a racionalidade, justamente por ser limitada, como admitem os adeptos da Análise Econômica do Direito é que exige a intervenção jurisdicional no processo de integração da execução contratual. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 202).

Nesse sentido também, Forgioni aponta que "há inegavelmente uma racionalidade própria ao direito empresarial que é cultivada, querida e incentivada pelo sistema, porque mola propulsora da fluência das relações de mercado." (FORGIONI, 2005, p. 531).[57]

Segundo Sarmento:

> [...] a proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se tratar de relações de caráter exclusivamente patrimonial. (SARMENTO, 2006, p. 177).

Segundo Forgioni (2005), basta pensar que, para fins de diminuição da insegurança e da imprevisibilidade, é preciso que o direito dê guarida ao comportamento legitimamente esperado de um comerciante ativo e probo.

Assim, observa-se que a proteção ao contratante economicamente dependente da forma disciplinada no Projeto de Novo Código Comercial será um fator de estímulo à insegurança e da imprevisibilidade das relações comerciais, já que não considera, para os fins de sua incidência, a necessidade de comportamentos oportunistas, mão tão-somente a posição de dependência.

---

[57] O art. 170 da CF assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. O que significa isso? Indagou a propósito José Afonso da Silva, para em seguida responder nos seguintes termos: Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trata de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil. (SILVA, 2005, p. 788).

9.3.5 A Racionalidade do Pensamento nos Contratos Empresariais

Para Weber[58], um dos pressupostos do capitalismo é a *calculable law.* No contexto do mercado de bens, a racionalização e a sistematização do Direito significaram, em termos gerais e com a reserva de uma limitação posterior, a calculabilidade crescente do funcionamento da justiça. Segundo Weber, esta é uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, "que precisam da segurança de tráfico jurídico".

Ao abordar o pensamento de Weber, Morrison aduz que:

> De acordo com Weber, a lei calculável é um segundo fator não-econômico relacionado ao capitalismo. Para que empresas operem racionalmente, elas precisam ser capazes de depender da adjudicação e administração calculáveis , e para que isso ocorra , deve haver uma ligação entre a esfera da economia e do Direito . Assim que as esferas económica e jurídica começaram a se unificar, a atividade comercial libertou-se da restrição da tradição herdada, o que permitiu que a indústria e produção se tornassem racionais. Sem a estimulação do Direito, diz Weber, o desenvolvimento do capitalismo não seria possível. De fato, foi somente com o surgimento do Direito racional que um sistema de ética regrando trocas comerciais tornou-se possível e, daí, surgiu o conceito legal de cidadão. De acordo com Weber, o conceito de cidadão surge somente no Ocidente quando o sistema de Direito racional começou a garantir a livre busca do ganho individual. Na visão de Weber, a introdução da cidadania legal foi peça chave para o desenvolvimento do capitalismo porque destacava o fato de que o comércio era dependente das esferas política e legal. (MORRISON, 2006).[59]

Irti (2007, p. 45), cujos estudos partem das lições de Weber, aduz que a lei de mercado está repleta de institutos jurídicos, dentre os quais a propriedade privada, a autonomia contratual, as obrigações, a liberdade testamentária, institutos estes que não são naturais, mas sim dados pelo homem e historicamente definidos.

---

[58] Segundo Weber, os interesses capitalistas terão melhor êxito sob um sistema rigorosamente formal de adjudicação, que se aplica em todos os casos e opera sob o processo adversário. (WEBER, 2011, p. 216).

[59] According to Weber, calculable law is a second non-economic factor related to the development of capitalism. For commercial enterprises to operate rationally, they must be able to depend on calculable adjudication and administration, and for this to occur there must be a link between the sphere of economy and the sphere of law. As soon as the economic and legal sphere began to unify, commercial activity was freed from the restraint of inherited tradition which enabled industry and production to become rational. Without the stimulation of law, said Weber, the development of capitalism would not have been possible. In fact, it was only with the emergence of rational law that a system of ethics governing commercial exchange became possible and from this arose the legal concept of the citizen. According to Weber, the concept of the citizen emerges only in the west when the system of rational law began to ensure the free pursuit of individual gain. In Weber´s view, the introduction of legal citizenship was key to the development of capitalism because it underlined the fact that commerce was dependent on the political and legal sphere.

Forgioni citando Irti, aduz que:

> [...] o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir: quem entra no mercado tem consciência de que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite o cálculo sobre o futuro. (IRTI apud FORGIONI, 2005, p. 533).

Ainda segundo a autora:

> Seguramente a ideia de Irti há de ser aproveitada para explicar o modo pelo qual o sistema jurídico recepciona os negócios singularmente considerados. Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma. Isso faz com que ambos os agentes econômicos planejem sua jogada e comportem-se de acordo com esse padrão de mercado. Portanto, não se pode permitir que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente nele adotado. Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas. (IRTI apud FORGIONI, 2005, p. 533).

Assim, subjaz à ideia de ordem e regularidade de agir das partes o que tem-se defendido nesta tese como a confiança causadora dos contratos de colaboração. Nesse sentido, as partes em tais contratos devem comportar-se de acordo com a necessidade de colaboração para que todos tenham condições de atingir os resultados esperados.

Isso não significa que alguma ou todas as partes não possam fracassar nesse objetivo. Podem sim e estão sujeitas a toda sorte de riscos. No entanto, o que defende-se é que deve ocorrer nas relações de colaboração é um agir especialmente voltado para a consecução dos objetivos do contrato, de modo que seu insucesso não pode se dar em função da ausência de colaboração entre as partes.

Nessa medida, a proteção ao contratante economicamente dependente na forma como se encontra disciplinada no PNCC se afigura inconciliável com a lógica empresarial, na medida em que basta a posição de dependência para que haja sua incidência.

Ou seja, nos termos como se encontra disposta no Projeto de Novo Código Comercial, tal proteção incidirá sobre certas relações contratuais empresariais simplesmente porque nelas há a existência de uma parte supostamente dependente, sem que se perquira a efetiva quebra do dever de confiança.

Pelo princípio em tela, será concedido um tratamento especial à parte dependente não em função de um comportamento oportunista, mas puramente pelo fato de uma parte ser dominante economicamente em relação à outra, o que se traduz em uma sistemática de interpretação contratual muito parecida com a existente no âmbito do Direito do Consumidor.

Como pondera Forgioni (2005), o pensamento jurídico racional[60] é aquele governado por fundamentos racionais (ou por normas gerais) ou aquele que "não é mágico". O agir, então, é depurado desses elementos sobrenaturais e passa a ser baseado em dados calculáveis.

Também se observa que o agir racional, segundo Ribeiro e Galeski Junior:

> [...] não deve ser visto apenas a partir de uma noção do que venha a ser racional para o grupo, ou seja, o agir racional pode muito bem ser governado por uma escolha do próprio agente de acordo com critérios que para ele é a melhor opção dentre as demais. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015).

Ora, transportando tais ideias para a discussão desta tese, em uma relação contratual empresarial é de se assumir que as partes tenham calculado os riscos derivados de uma eventual dependência econômica ou até mesmo da existência de incompletudes contratuais que possam advir da relação entabulada, não sendo, a nosso ver, razoável que, após tal reflexão, possa alguma parte exigir revisão dos termos contratuais sem que tenha ocorrido algum comportamento oportunista.

Aliás, nas situações contratuais em que o agente tenha contratado não por necessidade, mas movido pelo desejo de obtenção de lucro, tais escolhas racionais ficam ainda mais evidentes, posto que é consabido que o terreno para quem empreende muitas vezes é árido e sujeitos a riscos imensuráveis.

Nessa linha, Ribeiro e Galeski Junior aduz que:

---

[60] Outrossim, o agente, quando escolhe de forma racional, faz isso de acordo com o padrão das suas informações ou da forma como as analisa, o que justifica que por diversas vezes quem tenha mais informação ou saiba as analisar de forma mais apropriada considere que agentes praticam condutas irracionais. Portanto, um determinado indivíduo pode entender mais adequado gastar seu dinheiro com um vício ao invés de comprar medicamentos de que necessita, mas nem assim não estará agindo de forma não racional, porque dada a condição pessoal do agente, o indivíduo pode entender que a conduta lesiva lhe traz mais utilidade do que os medicamentos. Consequentemente, é possível afirmar que o pressuposto econômico se refere ao agir de forma racional, ou seja, de acordo com as conclusões pessoais do que proporciona mais utilidade, não que os agentes "sejam irracionais", ou seja, que escolhem o que seria mais lógico de um ponto de vista coletivo.

> [...] para que o indivíduo escolha de forma racional basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante, mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil algo em relação a outra alternativa. Por uma questão de lógica, a escolha racional é subjetiva, ou seja, depende dos padrões e desejos de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma universal, para todos os agentes, sendo aferíveis as preferências do grupo pela análise da demanda por um bem de acordo com a variação do seu preço. . (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015).

Ainda segundo Forgioni (2005), a racionalidade pode ter uma dimensão formal, aqui entendida como a possibilidade de que os fatos sejam percebidos pelos sentidos, como ocorre quando um documento encontra-se assinado. Nessa perspectiva, é razoável supor que a pessoa que assinou tomou conhecimento do seu conteúdo – o que nem sempre é uma verdade no âmbito do direito civil e do consumidor, mas é o que se espera nas relações empresariais.

Como explica Guerreiro:

> [...] no sistema weberiano, assume extrema relevância a crença do agente na produção de um certo resultado. Por exemplo, acredita-se que o descumprimento de um contrato dará lugar a um específico remédio; é esse acreditar na resposta do sistema para as ações que lhe confere a possibilidade de garantir segurança e previsibilidade. (GUERREIRO, 1983, p. 34).

Não se trata de enaltecer o racionalismo em detrimento de outras premissas contratuais existentes em nosso ordenamento jurídico. Como tem-se sustentado, a autonomia das partes nas relações empresariais, bem como o racionalismo que normalmente se colhe em tal contexto, não devem suprimir a confiança e a boa-fé que as partes devem ter umas com as outras.

Como diz Forgioni:

> [...] se fôssemos movidos pela mais pura racionalidade econômica, não conseguiríamos explicar o fato de um bombeiro arriscar a vida em um incêndio, ou a mãe que se sacrifica pelos filhos, concluindo seu raciocínio com uma citação de Roberto Frank, o qual afirma que não se pode eleger o *homo economicus* como um padrão comportamental, mas no contexto de mercado é imperioso que se considere os efeitos econômicos assumidos em função da aplicação de certas normas ou princípios. (FORGIONI, 2005, p. 550).

Ainda segundo a autora:

> O comportamento é racional, em termos jurídicos, quando viabiliza a fluência das relações de mercado, conforme as regras e os princípios jurídicos (ou seja, de acordo com o direito). O comportamento é dito

> racional, do ponto de vista econômico, quando traz a maximização do proveito ou lucro para o agente. Para a interpretação dos negócios, toma-se em consideração uma racionalidade jurídica, que parte da necessidade de conferir ao sistema segurança e previsibilidade. A racionalidade econômica auxilia a compreensão da função econômica da avença e dos motivos dos sujeitos econômicos, também primordiais para a interpretação contratual. (FORGIONI, 2005, p. 550).

Ocorre que, muito embora não seja possível dizer que a racionalidade e que os pressupostos de eficiência econômica devam se sobrepor às noções de equilíbrio contratual, é certo que, no terreno dos contratos empresariais, a margem para discussões existenciais e pautadas na proteção à parte hipossuficiente fica mitigada pela própria função de estruturação que tais contratos representam em nossa sociedade.

9.3.6 Função Econômica dos Contratos Empresariais

O ponto central que se sustenta nesta tese diz respeito ao fato de o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, na forma como se encontra previsto no Projeto de Novo Código Comercial, ser um elemento capaz de criar desestímulos à formação de novas relações contratuais, traduzindo-se em um elemento causador de maiores custos de transação.

Por outro lado, sua exclusão completa do Projeto de Novo Código Comercial também representa um fator de incerteza, na medida em que se estaria deixando a interpretação sobre tais contratos unicamente à doutrina e à jurisprudência. Especialmente em relação à jurisprudência, como será visto adiante, há entendimentos conflitantes sobre o tratamento concedido ao contratante supostamente dependente.

Nessa medida, o que se propõe é que o Princípio da Proteção ao Contratante Economicamente Dependente seja limitado à incidência sobre os contratos empresariais de colaboração, e apenas quando ficar caracterizada a existência de quebra de confiança entre as partes, o que se dará diante da incidência de certos comportamentos oportunistas.

Em interessante análise, Pompeu apresenta a posição de Roppo, que afirmava que “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode também haver contrato.” (POMPEU, 2012, p. 98). A autora complementa sua posição dizendo que:

> [...] a operação econômica que o contrato “torna” jurídica evidencia-se de maneira macro pela evidente circulação de riquezas que a coordenação de condutas promovida por ele produz. Seja o contrato de natureza onerosa ou gratuita não há negligenciar que a relação jurídica possibilita o fluxo de bens e serviços oferecidos em troca de contraprestações equivalentes ou não. Igualmente um contrato como o aleatório promove a circulação de riquezas por meio de uma operação econômica que pode ser dita mais arriscada e pouco pré-estimada já que não se pode prever de antemão as prestações de cada agente. (POMPEU, 2012, p. 98).

Nesse sentido, como se pretende demonstrar que os contratos empresariais serão profundamente influenciados pelo princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, importante é a análise da função que tais contratos exercem em nossa sociedade, sobretudo no que se refere à estabilidade que eles proporcionam às relações empresariais e que, ao nosso ver, devem ser protegidas para que as partes tenham previsibilidade sobre suas obrigações.

Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo definem os contratos como:

> [...] um acordo entre duas ou mais partes, que transmite direitos entre elas, assim como estabelece ou modifica deveres. Segundo o autor, o desempenho do sistema econômico depende de como ocorrem as relações entre as pessoas e, nesse contexto, é por meio dos contratos que as pessoas estabelecem um padrão de comportamento, expresso na forma de um conjunto de deveres e obrigações. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 113).

Zylberstajn assevera que a firma pode ser entendida como um nexo de contratos. Nesse sentido:

> [...] problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na economia. [...] contratos representam um papel central na formulação da nova teoria da firma. Assim, tanto no campo da Economia como do Direito, a análise e o estudo das relações contratuais em seus múltiplos aspectos passa a ter fundamental importância. É certo que, de certa forma, os economistas invadiram o campo do conhecimento do Direito, assim como os economistas fizeram com outras áreas. Assim, a nova economia das instituições representa um campo interdisciplinar que permeia, pelo menos, as áreas da Economia, Direito e Administração. (ZYLBERSTAJN, 1995, p. 7).

Segundo Masten, o contrato seria uma “promessa salvaguardada pelo ambiente institucional, no qual é possível a aplicação de uma sanção no caso de descumprimento.” (MASTEN, 1998).

Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo afirmam que:

> [...] um contrato significa uma forma de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção. [...] a teoria da escolha contratual prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes atingirem seus objetivos predefinidos, ou seja, os contratos somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento das promessas. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 105).

O que centraliza a atenção do presente capítulo, então, é o fato de que os contratos não se limitam a reger as relações entre as partes ou como mero acordo de vontades, mas apresentam custos associados ao seu desenho, implementação, monitoramento, e muito especialmente, custos associados à solução das disputas emergentes do descumprimento das relações contratuais estabelecidas.

Vale lembrar que instituições e organizações são estruturadas para lidar com disputas seguindo as mais diversas tradições. As sociedades desenvolveram desde tribunais de justiça até tribunais informais, como é o caso da tradição religiosa rabínica discutida por Weber (1991). O que importa, no entanto, é que, em qualquer dessas estruturas para solução de disputas, haverá custos, menores ou maiores, mas que, por evidente, poderão ser um forte fator de desestímulo às partes envolvidas.

Além disso, como destaca Saddi (2007), instituições que permitam revisões ideológico-individuais de tais contratos por magistrados, gerando incerteza aos agentes econômicos sobre o cumprimento dos contratos livremente entabulados, terão um efeito nefasto de desestímulo.

Nesse contexto, denota-se que é por meio das relações contratuais que são estruturadas as relações entre empresas, pelas quais se objetiva, em última análise, ganhos para todas as partes.

Assim, é desejável que tais contratos reflitam segurança jurídica capaz de satisfazer a confiança que as partes empregaram na sua formação, traduzindo menores custos para as partes, seja em função de gastos com advogados para sua redação, seja em função dos custos advindos com o rompimento decorrente de seu descumprimento.

É certo, entretanto, que a visão dos economistas quanto ao papel dos contratos pode diferir profundamente daquela experimentada pelos juristas. Isso representa uma aparente tensão entre a eficiência econômica que as partes em uma relação contratual buscam, e, por outro lado, a necessidade de que sejam coibidas práticas abusivas de uma parte contra e outra. Em outras palavras, juridicamente nossa sociedade está muito mais acostumada a analisar os contratos em termos de equidade entre as partes do que em termos de eficiência econômica.

A questão que se coloca, nesse aspecto, é a necessária ponderação desse raciocínio no que tange aos contratos empresariais, especialmente nos de colcaboração. Nesse contexto, em tais contratos poderá haver desequilíbrio de forças entre as partes contratantes, mas se a isso não se somar evidente comportamento oportunista e quebra da confiança, não haverá que incidir tutela protetiva em benefício da parte dependente economicamente.

A discussão sobre os aspectos contratuais no âmbito econômico se deram de forma tardia, especificamente a partir dos anos 60, pois, como destacam Sztajn, Zylbersztajn, e Azevedo:

> [...] a economia supunha até este momento que as interações econômicas eram feitas por pessoas com capacidade cognitiva ilimitada e que tinham à sua disposição, sem custos, toda a informação relevante de que necessitavam. Adicionalmente, assumia-se que o sistema Judiciário poderia ser utilizado sem custos, de tal forma que os termos estabelecidos nas trocas ou nas interações entre essas pessoas seriam forçosamente cumpridos. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 114).

Nesse mundo hipotético, não haveria custos de transação envolvendo contratos, nem tampouco importava saber quais as implicações que uma norma, seja ela formal ou informal, teria para o contexto contratual, muito menos se as inclinações sociais por parte dos juízes teriam o condão de impactar tais relações, trazendo custos mais elevados para as partes.

Como destaca Williamson “o preceito prudente (de longo alcance) do desenho contratual é de desenhar acordos de confiança, oferecendo transparência e adicionando elementos de segurança que sevem para infundir a confiança e obter ganhos mútuos.” (WILLIAMSON, 1983).

Nesse sentido, um contrato que reflita maior segurança jurídica ensejará, por conseguinte, menores custos e melhor desempenho econômico das firmas e do mercado, como sugere Azevedo (2005). Nesse sentido, Forgioni, aduz que “ao

direito compete preservar o mercado e a fluência das relações econômicas, viabilizando o jogo mediante um sistema que procura levar ao respeito de suas regras.” (FORGIONI, 2004, p. 507).

Como destacam Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo:

> [...] se a lei surge como uma das maneiras de se fazer valer um contrato, a Economia pode ser vista como importante no desenho e na escolha do contrato. [...] Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas. Vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam promessas definidas em conjunto pelos agentes. Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação). (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 103).

Como destaca Masten:

> A escolha dos termos contratuais dependerá, em parte, das regras legais e instrumentos vinculadores que as partes esperam que os tribunais sigam e, ao mesmo tempo, as práticas de aplicação de tribunais preocupados com a eficiência dependerão do que tribunais percebem como a finalidade e impedimentos à contratação . Em suma , a análise do direito dos contratos e sua execução pressupõe uma teoria do comportamento contratual, e vice-versa. [...] Para além desta função que ressalta o compromisso, os teóricos contratuais associam três motvios amplos com o ato de contratar: transferência de risco, alinhamento de incentivos, e economia de custos de transação . Em operações de seguro ou de transferência de risco , o objetivo é transferir os riscos para a transator que menos seja avesso ao risco ou aquele que suporte um risco baixo (Cheung, 1969; Stiglitz , 1974). Nos contratos de incentivo , o objetivo é alinhar os incentivos individuais das partes (normalmente um principal e agente) que as levam a tomar determinadas medidas ou revelar informações particulares com os seus interesses de maximizar seus lucros (por exemplo , Hart e Holmstrom , 1987). Finalmente , os economistas dos custos de transação enfatizam o uso de contratos para reduzir vários custos de transação , especialmente barganha ex post e custos inerentes à demora na negociação em transações amparadas por investimentos especificamente ligados ao relacionamento (Williamson, 1975, 1979; Klein, Crawford, and Alchian, 1978) e triagem prévia e custos de pesquisa em contextos nos quais a informação adicional serve apenas para redistribuir em vez de expandir o excedente disponível (Kenny e Klein, 1983; Goldberg , 1985). Embora a essência da contratação seja o compromisso , a concepção e interpretação de acordos contratuais vai depender de qual desses três motivos prevalece. (MASTEN, 1998, p. 2).[61]

[61] The choice of contract terms will depend in part on the legal rules and enforcement policies transactors expect courts to follow while, at the same time, the enforcement practices of efficiency minded courts will depend on what courts perceive as the purpose and impediments to contracting. In short, the analysis of contract law and enforcement presupposes a theory of contracting

Em termos econômicos, já se observou que os agentes procuram maximizar seus interesses em suas relações comerciais, e isto é ainda mais evidente quando se está diante de um contrato empresarial de colaboração, em que todas as partes buscam, por meio da contratação, a satisfação de uma necessidade voltada à obtenção de lucros.

Há, pode-se dizer, uma relação intrincada entre a obtenção de lucros e a necessidade de estabilidade das relações, o que significa, na visão de Hunt e Sherman, que "o princípio do lucro só é viável em uma sociedade que proteja os direitos de propriedade e zele pelo cumprimento dos compromissos contratuais, de caráter impessoal, estabelecidos entre os indivíduos." Segundo tais autores:

> Durante todo o período mercantilista, os capitalistas lutaram contra as restrições que dificultavam a obtenção de lucros. Essas restrições impostas por leis paternalistas eram vestígios da versão medieval da ética paternalista cristã. Tornou-se impossível conciliá-las com as necessidades do novo sistema econômico, cujo funcionamento se baseia não mais em vínculos tradicionais, mas de obrigações estritamente contratuais entre pessoas. Os mercadores e capitalistas, que investiam vultuosas somas em empreendimentos comerciais, já não podiam contar com a força dos costumes para proteger seus investimentos. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 57).

Cooter e Ulen afirmam que "em geral, a eficiência econômica exige que se faça cumprir uma promessa se tanto o promitente quanto o promissário queriam a exequibilidade quando ela foi feita." (COOTER; ULEN, 2010, p. 208). Nesse contexto, os autores também afirmam que incerteza e riscos representam obstáculos a trocas e à cooperação. Ou seja, a possibilidade de uma norma jurídica que venha a relativizar ou flexibilizar as obrigações livremente assumidas pelas partes em um contrato empresarial pode representar elevado grau de incerteza, interferindo, a toda evidência, na eficiência do contrato.

---

behavior, and vice versa.[...] Beyond this basic commitment-enhancing function, contract theorists generally associate three broad motives with contracting: risk transfer, incentive alignment, and transaction cost economizing. In pure insurance or risk-transfer transactions, the objective is to shift risk to the less risk averse transactor or "lowcost risk bearer" (Cheung, 1969; Stiglitz, 1974). In incentive contracts, the aim is to align the parties'(commonly, a principal and agent) individual incentives to take actions or reveal private information with their joint-surplus maximizing interests (e.g., Hart and Holmstrom, 1987). Finally, transaction cost economists emphasize the use of contracts to reduce various costs of transacting, especially, ex post bargaining and "holdup" costs in transactions supported by relationship-specific investments (Williamson, 1975, 1979; Klein, Crawford, and Alchian, 1978) and ex ante sorting and search costs in contexts where additional information serves merely to redistribute rather than expand the available surplus (Kenny and Klein, 1983; Goldberg, 1985). While the essence of contracting is commitment, the design and interpretation of contractual agreements will depend on which of these three motives dominates.

Segundo Araújo “a ciência econômica é refratária à ideia de interpretações contratuais paternalistas, principalmente em função do fundamento iluminista que permeia a teoria econômica moderna.” (ARAÚJO, 2007, p. 435). Segundo o autor, aqueles que defendem posições paternalistas pelo julgador em razão da racionalidade limitada e assimetria informacional, na verdade, acreditam em uma certa arrogância incongruente, como se o próprio órgão julgador não atravessasse os mesmos problemas. Portanto, o paternalismo estaria baseado, fundamentalmente, em argumentos não econômicos.

Isso significa, como tem-se reiteradamente defendido, que nosso ordenamento exige a existência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente com aplicação sobre os contratos de colaboração, mas apenas para coibir as hipóteses de comportamentos oportunistas que venham a gerar a quebra da confiança existente entre as partes.

Nesse contexto, como afirma Ribeiro e Galeski Junior:

> [...] justamente em razão da falta de balizas objetivas e da grande potencialidade de interferências político-ideológicas é que comportamentos jurisdicionais paternalistas devem ser repelidos. Em substituição a tal comportamento, ao menos em relação aos contratos empresariais, deve prevalecer a interpretação econômica dos contratos empresariais, mediante a decisão mais eficiente. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015).

Feitas essas considerações, ainda que não se tenha o objetivo de dissertar sobre o conceito de eficiência econômica, importante é a análise acerca dos fatores que fazem com que uma relação seja considerada eficiente, uma vez que nas relações empresariais, tais noções assumem especial relevo, mormente pelo vulto financeiro que tais transações muitas vezes costumam representar.

Segundo Naves:

> [...] a eficiência é definida, tanto por críticos como aliados, como o critério norteador da Análise Econômica do Direito. Em vez de avaliar quando que determinado contrato será considerado eficiente, a teoria da *Law and Economics* analisa toda a estrutura do Direito Contratual, propondo instrumentos que permitam que os contratantes alcancem maior satisfação. Dessa forma, o contrato eficiente é aquele que atinge seu objetivo com menos custo de transação. (NAVES, 2007, p. 245).

Sobre a eficiência econômica, sabe-se que Vilfredo Pareto é o autor da teoria que sustenta a possibilidade de o bem-estar máximo de uma sociedade poder ser

alcançado quando não houver outro modo de aumentar o bem estar de uma pessoa sem prejudicar o bem-estar de outra. Segundo Cooter e Ulen:

> Segundo esse padrão, uma melhoria deixa um indivíduo em melhor condição sem piorar a condição de qualquer outro indivíduo. Quando um tribunal recursal adota um novo precedente, uma parte na disputa vence e a outra perde. Uma mudança com perdedores não é uma melhoria segundo o padrão de Pareto. Assim, em sua interpretação mais simples, o padrão de Pareto não oferece qualquer orientação sobre como adjudicar disputas. (COOTER; ULEN, 2010, p. 456).

A teoria desenvolvida por Pareto, por partir da tentativa de equilíbrio de bem-estar das partes, é de difícil materialização, sobretudo por ser praticamente impossível que, em uma relação jurídica, haja a melhoria da situação de um agente sem prejudicar a de outro. Em razão disso, desenvolveu-se a teoria potencial de Pareto. Por esta teoria, segundo Cooter e Ulen (2010, p. 64), permitem-se mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores, mas exige-se que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem.

Ambas as teorias sofrem críticas por partirem de critérios puramente econômicos, ou seja, por apenas considerarem o bem-estar dos agentes econômicos. Como aduz Nied:

> [...] é muito difícil a comparação entre o ganho de um grupo e a perda de outro, na medida em que o valor marginal dos bens é diferente para cada pessoa. Além disso, segundo o autor, a mensuração dos ganhos e das perdas se dá em um momento limitado no tempo, e o que hoje é eficiente pode deixar de sê-lo amanhã se uma única pessoa alterar suas preferências. (NEID, 2015).

Além disso, como destaca Sen (2000), há nas duas teorias um forte viés utilitarista e anti-distributivo, que se distanciam de aspectos éticos e desconsideram elementos mais humanísticos, tais como o desenvolvimento humano, liberdade e dignidade das pessoas.

A discussão em tela reflete o que se tem discutido nesta tese por apresentar a tensão entre os conceitos de eficiência econômica e aspectos filosóficos e éticos das relações jurídicas e econômicas. Nesse contexto, seria de se indagar até que ponto deve-se buscar exclusivamente a eficiência econômica dos contratos, desconsiderando aspectos ligados à necessidade de proteção de certas pessoas.

Como se tem sustentado, por mais que no âmbito do direito privado, especificamente no plano dos contratos, a função social e os demais mecanismos jurídicos de proteção à parte vulnerável tenham ganhado especial importância em nossa literatura jurídica, não se pode deixar de lado que tão importante quanto sua função social é a sua função econômica, sem a qual ficariam fragilizadas muitas das relações econômicas existentes.

A esse respeito, não é possível que sobre um contrato empresarial de colaboração incida proteção irrestrita ao contratante economicamente dependente. Nessa linha, para que tais contratos atinjam sua função econômica, sobretudo para assegurar a circulação de bens e serviços, com a geração de lucros para as partes, apenas aqueles atos oportunistas e estritamente contrários à confiança que se espera das partes é que poderão ensejar proteção jurídica.

É o que, de forma muito lúcida, Theodoro Júnior (2008) afirma. Segundo ele, "a função social não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica" [62] Segundo o brilhante Professor, não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social[63], "mas não uma função de 'assistência social. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei."

---

[62] A função mais destacada do contrato é a econômica, isto é, de propiciar a circulação de riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro. Essa liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso fala-se em fins econômicos-sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia. Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa, porque a norma do CC 421 é de ordem pública (CC 2035 par. Ún.); convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172); determinar a indenização pela parte que desatendeu a função social do contrato etc. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 410).

[63] Segundo Ribeiro, são mais graves as situações em que critérios de irracionalidade são invocados pelas partes ou mesmo aplicados de ofício pelo juiz com a roupagem de princípios. Princípios, em definição livre, são as bases de um sistema. Assim, uma conclusão jurídica assentada sobre princípio não pode contradizer a própria essência do sistema. Quando se trata do direito empresarial, a lógica interpretativa deve estar baseada na racionalidade da maximização de benefícios individuais. Portanto, concluir pela divisão dos prejuízos em razão de argumentos sentimentais não privilegia a eficiência, pelo contrário. Quando as partes calculam racionalmente seus ganhos e perdas, em condições normais de autonomia de vontade e conhecimento limitado, mas razoável, celebram a relação mais eficiente possível. Se determinada parte calculou errado e dispersou seus ganhos, não é eficiente do ponto de vista de Pareto ou Kaldor-Hicks que esse custo pelo ineficiência seja dividido, sobretudo porque serviria de incentivo para a desídia profissional, vale dizer, a falta de austeridade administrativa. (RIBEIRO, 2015, p. 204).

Assim, o que se espera naturalmente em um contrato de colaboração empresarial é que ele proporcione às partes envolvidas a possibilidade de ganhos mútuos, o que exige uma especial atuação de todas elas para que tais objetivos não se frustrem.

Naves assevera que:

> [...] sem sombra de dúvida, a função econômica dos contratos em nossa sociedade de consumo é enorme, a ponto de afirmarmos que sem o contrato nossa sociedade capitalista não existiria. O contrato é instrumento de circulação de riqueza, ajudando a distribuir a renda e gerar empregos. (NAVES, 2007).

A afirmação em tela ecoa, com muito mais vigor, quando analisada no contexto dos contratos empresariais, nos quais se tem sustentado que a função social não pode equivaler principiologicamente à importância atribuída à autonomia e liberdade que as partes possuem. Pensar de outro modo, seria considerar que uma relação contratual civil ou consumerista sofre os mesmos influxos normativos que uma relação empresarial.

Theodoro Júnior (2004) ainda afirma sobre isso com muita clareza que:

> Dessa maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover a igualdade dos contratantes equivale a dizer que esse tipo de negócio tem como objetivo fazer com que as partes sejam iguais. Ora. O contrato jamais terá semelhante objetivo porque não se trata de instrumento de assistência ou se amparo a hipossuficientes ou desvalidos. O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação da riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproximá-los e dar lhes uma saída negocial. Nunca, todavia, o interesse do vendedor será igual ao do comprador, o do mutuante igual ao do mutuário, o do locador igual ao do locatário, o do empreiteiro igual ao do dono da obra e assim por diante. Quem visa o lucro, obviamente, não pode ser igual a quem busca o uso ou a propriedade da coisa alheia. O lucro do comerciante (fornecedor) não tem como ser igual à vantagem que o comprador espera obter com o uso do bem adquirido. (THEODORO JÚNIOR, 2004)

Isso não significa, é claro, o abandono da função social nos contratos empresariais, mas especialmente no âmbito dos contratos de colaboração, sua função social deve estar relacionada à higidez, à previsibilidade das obrigações assumidas pelas partes e, sobretudo, à não incidência de atos que possam ir contra os objetivos comuns das partes, pois, se houver insegurança nesse âmbito, os

custos de transação serão repassados para todo o mercado consumidor, o que contraria a função de tais contratos.

É o que Braga Netto (2003, p. 38) aduz, quando afirma que as categorias, conceitos e institutos devem ser lidos à luz da função exercida. Assim, não há como interpretar a função social incidente sobre os contratos empresariais da mesma forma que ela incide sobre os demais contratos de direito privado..

Além disso, como se tem defendido, se há um ramo do Direito em que há uma resistência natural à aplicação de máximas de justiça social, este é o direito empresarial, com destaque para os contratos empresariais nos quais não se vislumbra, em regra, a possibilidade de aplicação da teoria da função social do contrato nos mesmos moldes que nos demais contratos privados, tampouco de princípios fundados em critérios redistributivos.

Como aduzem Cooter e Ulen “perseguir objetivos redistributivos e de justiça social constitui um uso excepcional do direito privado que circunstâncias especiais poderão justificar, mas esse não deveria ser o uso comum do direito privado.” (COOTER; ULEN, 2010, p. 31).

Outro dado a acrescentar é que a função não deve ser confundida com o objetivo, que é sempre a obtenção de lucro, ainda que esses contratos empresariais funcionem como um meio para se atingir tal objetivo.

Como muito bem destaca Forgioni nos contratos de colaboração:

> [...] ambos (ou todos) os polos são movidos pela busca do lucro, têm sua atividade – toda ela – voltada para a perseguição de vantagem econômica, complementando que, ao contrário do que ocorre com os contratos consumeristas, nos contratos empresariais, a economicidade final dos comportamentos de todos os partícipes imprime-lhes características singulares, que refletirão nos negócios por eles engendrados. (FORGIONI, 2010).

Assim, de tudo o que fora dito, a função econômica dos contratos empresariais está relacionada e parte da própria noção de empresarialidade estampada no art. 966 do Código Civil, do qual se extrai que a atividade empresarial, essencialmente econômica, volta-se “para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, sendo possível observar, no próprio significado (HOUAISS, 2009) da expressão “função”, sua relação com o uso a que se destina algo; utilidade, emprego ou serventia.

Ou seja, o contrato empresarial, em sua função econômica, serve como meio ou é útil para algo que, no nosso entender, relaciona-se à consecução das próprias atividades exercidas pelo empresário, posto que é para o desempenho de tais atividades que ele irá entabular uma série de contratos, sempre com o objetivo último de obter lucro.

Nos contratos de colaboração empresarial segue-se a mesma lógica, ou seja, o objetivo comum das partes é o esforço conjunto para que todas elas atinjam seus objetivos econômicos. Isso significa que exige-se um agir especial de todas elas para que o contrato desempenhe sua função econômica.

Nessa linha, afirma Paula Forgioni que a função econômica do negócio, indispensável à sua correta compreensão, liga-se à circulação dos bens e dos serviços (perspectiva objetiva) e não ao subjetivismo das partes. Segundo a autora, "se os contratos empresariais visam sempre ao lucro, é impossível concebê-los distanciados da necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer, ou seja, à sua função econômica." (FORGIONI, 2010)

A função econômica presta-se, assim, à fixação dos parâmetros objetivos sobre os quais as relações contratuais entre empresas se desenvolverão, proporcionando às partes segurança jurídica em relação às suas expectativas por meio de um conjunto de direitos e obrigações racionalmente definidos pelos agentes econômicos quando da formação da avença.

No entanto, se afirma-se que a função econômica do contrato empresarial presta-se a garantir a higidez dos termos que as partes na formação da relação ajustaram, a reflexão acerca da incidência da função social nos contratos empresariais se faz necessária, conquanto é consabido que, na aplicação de tal teoria, são relativizados institutos tais como o *pacta sunt servanda* e a autonomia das partes, sobretudo para assegurar a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, importante é cotejar-se as duas funções, ou seja, a função econômica e a função social do contrato, especificamente no âmbito dos contratos empresariais, posto que neste âmbito a relativização dos termos racionalmente definidos pelas partes é uma exceção que só deve ser afastada em hipóteses

objetivas e não simplesmente pautadas na condição do agente econômico, como ocorre no âmbito do direito do consumidor[64]. A esse respeito, destaca Forgioni que:

> O funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados. Se, em outras áreas do direito, esse pressuposto foi relativizado nas últimas décadas, a tendência do direito comercial vai no sentido de impor ao comerciante o respeito aos acordos aos quais livremente se vinculou. (FORGIONI, 2010).

Dito isso, parece haver alguma tensão acerca da possibilidade de flexibilização dos termos ajustados pelas partes nos contratos empresariais em face de uma pretensa aplicação da teoria da função social dos contratos, o que leva a crer ser necessária tal análise, já que a aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente perpassa exatamente pela possibilidade de relativização daquilo que outrora fora ajustado pelas partes, o que, se entende, não se coaduna com a sistemática de tais contratos.

Assim, pode-se dizer que no âmbito dos contratos de colaboração, nos quais as partes racionalmente assumem de forma autônoma que tais pactos são incompletos, há uma natural assunção de riscos que não poderá ensejar o mesmo plexo de proteções que recaem sobre contratos regidos exclusivamente pelo direito civil ou do consumidor.

Dessa maneira, apenas em hipóteses excepcionais, como na incidência de comportamentos oportunistas, somados a atos que gerem a absoluta quebra da confiança, é que se poderá falar em relativização das obrigações assumidas nos contratos ou em sua resolução.

---

[64] Os Autores destacam que aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque, não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte deve-se proteger, torna-se necessário, para se chagar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência neta concepção excessivamente vaga e puramente moral da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade da solução dos conflitos de interesses. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 37).

9.3.7 Dos Limites da Função Social dos Contratos nos Contratos Empresariais

No âmbito dos contratos empresariais, limitar a amplitude protetiva que deflui do princípio da função social dos contratos é preservar a higidez dos pactos, a confiança das partes e, principalmente, geração de benefícios para a sociedade, conquanto interpretações amplas demais nesse âmbito podem diminuir eficiência das relações, fazendo com que os custos de transação sejam aumentados e repassados a todos os consumidores.

A função social dos contratos constitui um interessante tema do Direito, sobre o qual foram erigidos inúmeros estudos, sendo consabido que tal teoria se insere em um contexto de superação da concepção puramente individualista que regia as relações privadas nos séculos XIX e XX.

Como destacam Gama e Andriotti (2008), a teoria da função social teve seus primeiros contornos delineados em tradicionais concepções filosófico-teológicas, como o Cristianismo e o Jusnaturalismo, asseverando o autor que, por intermédio dos pronunciamentos da Igreja Católica, reconheceu-se a índole social da propriedade privada, cujo fundamento residia na afetação dos bens a uma finalidade produtiva.

Hunt e Sherman (2010, p. 50) destacam que, após a guerra civil, que se prolongou de 1648 a 1660, e a Revolução Gloriosa, em 1668, o governo da Inglaterra foi submetido ao controle da pequena nobreza (*gentry)* e da classe média dos capitalistas. Segundo tais autores, a visão de mundo medieval, subjacente à ética paternalista cristã, foi eclipsada. Nos cem anos subsequentes, ocorreriam mudanças fundamentais nas formas e na filosofia de atuação do Estado na sociedade.

Nota-se em Weber (2001, p. 198), que há, em termos históricos, uma forte razão para que pairasse em tal contexto uma ética paternalista cristã, sobretudo pela visão do caráter maléfico da atividade dos comerciantes como pessoas despidas de qualquer sentimento ético. Segundo ele:

> La ética de la moral económica de la Iglesia se encuentra compendiada en la idea, posiblemente tomada del arrianismo, que se tiene del mercader: homo mercator vix aut numquam potest Deo placere; puede negociar sin incurrir en pecado, pero ni aun así será grato a Dios. Esta norma tuvo vigencia hasta el siglo xv, y sólo a partir de entonces se intentó paulatinamente atenuarla en Florencia, bajo la presión de las circunstancias económicas alteradas. La aversión profunda de la época católica, y, más

> tarde de la luterana, con respecto a todo estímulo capitalista, reposa esencialmente sobre el odio a lo impersonal de las relaciones dentro de la economía capitalista. Esta impersonalidad sustrae determinadas relaciones humanas a la influencia de la Iglesia, y excluye la posibilidad de ser vigilada e inspirada éticamente por ella. (WEBER, 2001, p. 198).

Ainda segundo Hunt e Sherman, observa-se que:

> [...] em 1776, com a nova publicação da obra de Adam Smith, a *Riqueza das Nações*, uma nova filosofia individualista – o liberalismo clássico - conquistou definitivamente a ascendência da Inglaterra. Enquanto vigorou o mercantilismo, a filosofia individualista travou uma luta surda contra a supremacia da antiga visão paternalista do mundo. O liberalismo clássico sairia vitorioso dessa luta porque – ao contrário da velha visão medieval do mundo – ele refletia as necessidades da nova ordem capitalista. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 51).

Também importante é a concepção individualista decorrente da teologia protestante. Hunt e Sherman aduzem sobre isso que:

> [...] no âmbito da teologia protestante a nova classe média capitalista desejava libertar-se não apenas das restrições econômicas, que obstruíam o desenvolvimento da manufatura e do comércio, como também o opróbrio moral que a Igreja católica lançara sobre as suas motivações e atividades. O protestantismo, além de libertá-los da condenação religiosa, converteu em virtudes as motivações interesseiras e egoístas, estigmatizadas pela Igreja medieval. [...] Segundo a doutrina protestante da justificação pela fé, as motivações eram mais importantes que quaisquer atos ou rituais. A fé era nada mais nada menos que a verdade do coração. Todo homem deveria escutar o que lhe dizia o coração para saber se seus atos eram motivados por intenções puras e pela fé em Deus. O homem era o juiz de si próprio. A confiança que esta doutrina individualista depositava na consciência pessoal de cada indivíduo despertou profundo interesse na nova classe média dos artesãos e pequenos comerciantes. O negociante dos séculos XVI e XVII, de Gênova, Amsterdam ou Londres, consultando seu coração, descobriu que Deus havia plantado ali um profundo respeito pelo princípio da propriedade privada. Tais homens sentiam, com honestidade e fervor, que suas práticas econômicas, ainda que estivessem em conflito com a lei tradicional da Igreja, não constituiam ofensa a Deus. Pelo contrário: glorificavam-no. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 52).

Essa concepção, ou seja, a necessidade de uma nova ordem capitalista, acabou por influenciar toda a perspectiva social daquele momento, muito embora, como se verá, tenha trazido consigo marcante desigualdade às relações entre as pessoas, o que deve-se à incidência da concepção individualista a todas as relações, incluindo aquelas eivadas de flagrante desigualdade de forças.

Por óbvio, a motivação econômica do capitalismo deve ser sopesada com a necessidade de proteção naquelas situações em que haja evidente desequilíbrio

entre as partes, o que não significa, nos dias atuais, voltar-se à ética paternalista cristã, sobretudo nos contratos empresariais, sendo este um equivoco que parece pairar quando se pensa no princípio da proteção ao contratante economicamente dependente. Segundo Gama e Andriotti:

> [...] os princípios que delinearam a função individual do contrato acabaram por refletir um período em que a sociedade organizou-se de forma a permitir que cada indivíduo perseguisse livremente seu próprio objetivo, fazendo suas escolhas independente e autonomamente. (GAMA; ANDRIOTTI, 2008).

Naves (2010, p. 234) aduz sobre isso que a ideia kantiana de que a legitimidade do contrato, ou mesmo da lei, está no fato de o homem impor normas a si mesmo, fundamentou toda a teorização da autonomia liberal. Depois do implemento do Estado Social, com a proteção à parte mais vulnerável nos contratos de massa e com a reação do desrespeito aos direitos da personalidade, a vontade já não possui o mesmo *status* no mundo jurídico. Segundo o autor:

> Com a grande depressão econômica vivida pelo capitalismo nos idos de 1930, confirmou-se a necessidade do Estado intervir na economia. O mercado não se auto-regulava como previsto, era preciso garantir meios de equilibrar a relação contratual. Assim, o Estado assume atividades econômicas tidas como essenciais ao desenvolvimento e passa a regular exaustivamente situações de desequilíbrio contratual. Exigiu-se, de certa forma, nos contratos onerosos, a concretização da correspondência entre as prestações da situação contratual ativa e da situação contratual passiva. (NAVES, 2010, p. 240).

Em linhas gerais, Gama e Andriotti afirmam que os princípios que norteavam a concepção individualista dos contratos podem ser agrupados do seguinte modo:

> [...] princípio da autonomia privada (ou da autonomia da vontade ou da liberdade contratual); princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda* ou da intangibilidade); princípio da relatividade subjetiva (ou da eficácia relativa às partes contratantes). (GAMA; ANDRIOTTI, 2008).

Em decorrência dos movimentos sociais no final do século XIX, novos princípios ganharam força, sobretudo o da supremacia da ordem pública, que abriu espaço para o desenvolvimento da teoria da função social, desenvolvida a partir da necessidade do homem de se relacionar no meio social, sendo indispensável a colaboração recíproca entre seres humanos, complementando Gama e Andriotti afirmam que:

> O sentido da expressão função social deve corresponder à consideração da pessoa humana não somente uti sigulus ou uti civis, mas também uti socius. Nesse contexto, a doutrina da função social emerge como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos principais institutos jurídicos, face os ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito. (GAMA; ANDRIOTTI, 2008).

No âmbito da Constituição Brasileira, colhe-se, em seu art. 3º, que um dos objetivos da República é a construção de sociedade solidária, sintetizando Sarmento que:

> Na verdade, a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o locus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconhecem como tais. SARMENTO (2004, p. 238).

Em complemento, a mudança do Estado Liberal para o Estado Social trouxe uma nova perspectiva interpretativa para os contratos regidos pelo Direito Civil, nos quais a dignidade da pessoa humana ganha especial relevo com o objetivo de materializar maior justiça contratual.

Nessa linha, Barcellos aduz que:

> De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. […] Concretizando um pouco mais o que se acaba de expor, lembre-se que os direitos fundamentais são tradicionalmente apresentados pela doutrina como um conjunto formado pelas seguintes categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, esta última uma redução da locução direitos sociais, econômicos e culturais. (BARCELLOS, 2002).

Em relação ao Código Civil de 2002[65], dispõe seu art. 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, sendo

---

[65] O Professor Waldirio Bulgarelli ao tratar dos contornos axiológicos dos contratos empresariais, destacou, citando o Professor Miguel Reale, que o próprio Projeto do Código Civil (Projeto 634-B, 1975), distinguiu cinco protagonistas: O proprietário, o marido, o testador, o contratante e o que chamou de grande protagonista, o empresário. [...] Deste havemos de falar sobretudo na perspectiva socioeconômica de seu poder, realidade inegável e inafastável, poder que se exprime de várias formas, tomando vestes características, e no âmbito privado, sobretudo quando é assumido pelo empresário como contratante. Bertrand Russell, ao predicar sobre o poder, que não considerava como único, mas repartido em várias instâncias, como o político, o militar e o econômico, acentuava em relação a este último a imagem recolhida em Berle e Means (que haviam colhido em Walter Rathenau) de que as companhias, as macroempresas, apresentavam-

este artigo uma cláusula geral que possibilita ao intérprete adequá-lo à realidade dos fatos, destacando Gama e Pereira que:

> O princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo direito do Consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão.[...] A aplicação do principio da função social pressupõe ainda a observância dos deveres anexos de correção, lealdade e de não abusar. (GAMA; PEREIRA, 2010, p. 86).

Destaca Bulgarelli (2001) que, como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial, tomaram importância a boa-fé e a função social do contrato. Essas duas noções básicas na orientação da dogmática contratualista moderna, conhecidas como "*definitions larges,* ou conceitos abertos, verdadeiros topoi, acabaram por exercer um papel de destaque, atuando como verdadeiros princípios.

Sobre este ponto, ao destacar o art. 421 do Código Civil que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, estar-se-á diante de um padrão de interpretação variável dos contratos, ou seja, a liberdade de contratar e fixar os parâmetros negociais que irão reger a relação entre as partes poderá variar para mais ou para menos de acordo com a funcionalidade daquele contrato.

Isso significa que, nos contratos, haverá maior limitação da autonomia privada em razão dos interesses metaindividuais ou individuais relacionados à dignidade da pessoa humana.[66]

Sobre isso, Ribeiro e Galeski Junior afirmam que:

> [...] a aplicabilidade de um princípio como o da função social do contrato não será homogênea vis a vis um contrato empresarial e outro do direito comum. Vale dizer, identificar a função social num contrato empresarial será

---

se como detentoras de um poder extraordinário, comparável ao Estado, à Igreja, às antigas Corporações de Artes e Ofícios. Esse poder negocial da empresa é elemento inafastável na análise da questão dos contratos empresariais, fazendo exsurgir uma nova personagem, aliás, não arrolada por Miguel Reale entre os protagonistas, mas existente, entretanto, no Projeto do Código Civil brasileiro. No jogo do poder, certamente o consumidor surge como aquele que não dispõe do poder negocial, o que precisa, para viver, contratar habitação, alimentação, transporte, fornecimento de água, luz, gás, telefone, etc. (BULGARELLI, 2001, p. 19).

66 Jornada I STJ, enunciado 23: A Função Social do contrato prevista no Art. 421, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

> uma tarefa diferente da identificação da mesma num contrato comum. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p.183).

Nesse sentido, a pretexto de se aplicar a teoria da função social dos contratos, não se pode relativizar toda sorte de obrigações no âmbito dos contratos empresariais. Com efeito, o que se extrai da função social dos contratos é a supremacia da ordem pública[67] e não a proteção desmedida àqueles que contrataram mal por desconhecerem os riscos inerentes que há em toda relação contratual.

Como destaca Ribeiro e Galeski Junior:

> [...] nos contratos empresariais o risco não pode ser considerado elemento estranho, ao contrário, a atividade econômica é uma atividade de risco, remunerada pelo lucro e ágio, não se justificando a invocação e aceitação das normas gerais dos contratos com o propósito de neutralização do risco. [...] mesmo após a unificação parcial do Direito Privado, operada pelo atual Código Civil, as especificidades dos contratos empresariais não desapareceram porque em nenhum momento foram resultado de uma criação teórica do Direito, mas decorrência dos usos e costumes consolidados, a partir da repetição dos atos negociais empresariais. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 183).

Partindo dessas noções, a questão que se evidencia é que a proteção ao contratante economicamente dependente prevista de forma ampla e aplicável a todos os contratos empresariais não parece ter como fundamento a supremacia da ordem pública, já que permite a utilização da proteção mesmo que os riscos do negócio sejam consabidos pela parte supostamente dependente.

Ou seja, a proteção que se extrai do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente parte de uma lógica muito diferente daquela que existe para proteção dos consumidores, às pessoas vitimadas por onerosidade excessiva, por abuso de direito e às pessoas que não tiverem meios ou conhecimento de discutir e ajustar melhores termos contratuais em relações contratuais pautadas pela necessidade.

---

[67] Muito antes de se falar em direito, defesa e código do consumidor, San Tiago Dantas, estudando a evolução contemporânea do direito contratual, já reconhecia – invocando numerosos autores nacionais e estrangeiros – que um dos princípios sobre os quais se fundou o direito dos contratos, ao lado da autonomia privada e do da obrigatoriedade das convenções, era o princípio da supremacia da ordem pública, que tinha como parte de suas características a sujeição da vontade contratual, também, a normas imperativas. Concluía seu estudo reconhecendo a vitalidade do princípio da autonomia da vontade, ainda que já pudesse identificar naquela época, a existência de múltiplas manifestações do interesse público, que se traduzem em limitações e regras coercitivas. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 410).

Assim, importa saber em que medida os contratos empresariais devem ser funcionalizados e se há alguma justificativa para que em tais contratos haja proteção às partes economicamente dependentes como se pretende no Projeto de Novo Código Comercial.

Como já observado, no que concerne ao direito civil, não há dúvidas de que a perspectiva individualista que norteava as relações contratuais de outrora não mais reina de forma absoluta em nosso ordenamento, o que representa uma evidente evolução em torno da proteção à dignidade humana.

Por outro lado, no contexto dos contratos empresariais, parece temerário falar-se em proteção à dignidade da pessoa humana ou de proteção à posição existencial das partes, mormente por tais relações serem entabuladas quase sempre por pessoas jurídicas e, mesmo quando o são por pessoas naturais, decorrem do exercício de atividade empresarial, exercida de forma habitual e profissional com o escopo único de lucro.

Isso não significa, vale frisar, que no âmbito dos contratos empresariais não devam existir mecanismos para coibir atitudes que ultrapassem os limites funcionais de tais contratos, mas como se verá, o que sustentamos é que tais limites estejam relacionados com a finalidade dos contratos de colaboração empresarial e não em dogmas existenciais.

Em análise muito pertinente, Lupion[68] aduz que:

> [...] além do risco normal das atividades da empresa, outra característica dos contratos empresariais é o fato de serem celebrados por empresas dirigidas por administradores e gestores sujeitos ao dever de diligência para com a sociedade que representam. Nesse contexto, tais pessoas devem saber e agir de acordo com um padrão de conduta médio, aqui entendido como aquele que impõe aos sócios e administradores mensurarem os riscos de um contrato para que este não exponha à sociedade a riscos excessivos. (LUPION, 2011, p. 165).

[68] O administrador também deve participar ativamente das atividades da empresa, em especial os diretores das sociedades anônimas e os administradores das demais sociedade empresariais. Desse dever de participação resulta o dever de cuidade com os assuntos, negócios e atividades da empresa. Aqui as atribuições do administrador podem e devem influenciar para mitigar os deveres de conduta nos contratos empresariais, pois cabe-lhe a fiscalização geral e rotineira dos negócios da empresa com especial dedicação aos assuntos mais importantes que exigem vigilância mais cuidadosa. E, para aqueles que entendem que apenas nas grandes sociedades os administradores teriam condições para a adequada fiscalização dos negócios sociais, Renato Ventura Ribeiro responde corretamente que: “mas pequenas e médias empresas, o gestor geralmente tem tempo e condições para acompanhar mais de perto os negócios sociais.” (LUPION, 2011, p. 165).

Em brilhante explicação, Ribeiro e Galeski Junior (2015, p. 210) aduzem que a intervenção estatal nos contratos empresariais muitas vezes não é o mecanismo mais adequado de estabelecimento de ganhos sociais. Com efeito, segundo os autores, se o fundamento utilizado para a intervenção for o da função social do contrato, o interesse protegido estará sendo o individual – do outro contratante – e não propriamente o dito interesse social. [69]

Ou seja, na verdade, quando uma parte em uma relação empresarial se vale de argumentos como o da função social dos contratos para modificar as condições da avença, o que há, de fato, é uma proteção individualizada àquele que contratou de forma equivocada e sem se ater aos riscos do negócio. Neste ponto, importante é refletir-se se a função social dos contratos empresariais estaria relacionada aos benefícios econômicos por eles gerados ou à proteção de grupos de pessoas que não observaram com a devida cautela os riscos dos contratos firmados.

Consoante tem-se sustentado, especialmente no capítulo anterior, os princípios que consagram os contratos empresariais demonstram que sua função social está fortemente vinculada à proteção do mercado, à sua higidez e ao favorecimento da segurança nas relações de trocas entre empresas e não necessariamente à proteção individualizada para aquele que foi exposto aos riscos do negócio.

Sobre isso, muito oportuno é o posicionamento de Ribeiro e Galeski Junior (2015, p. 243), no que tange à função social dos contratos empresariais. Para a eles, a função social de tais contratos só pode ser invocada se for para proteger o adjetivo social, ou como prefere Theodoro Júnior (2004, p. 44), para proteger a função extrínseca dos contratos. Assim, não se trata de dizer que os contratos empresariais não devem ser funcionalizados. Muito pelo contrário, devem sim! Todavia, sua função está relacionada não ao interesse individual da outra parte, mas no contexto de toda a sociedade.

Assim, a pauta que deve guiar a hermenêutica do contrato empresarial deve observar a noção dos benefícios positivos ou malefícios que determinado contrato pode gerar para o meio social. Em outras palavras, conceder proteção desmesurada

---

[69] A invocação do Art. 421 nos contratos empresariais que produzam externalidades significativas em defesa dos direitos das partes do contrato, representa uma impropriedade. Porém, eventualmente, o efeito que se pretende obter ou coibir mediante interferência do judiciário no contrato é que pode estender-se, adquirindo uma conotação de interesse público ou social. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 245).

a uma das partes pode significar um rebote de eficiência, ou seja, os custos advindos dessa interpretação podem refletir sobre o mercado consumidor.

Com efeito, ainda que em uma relação contratual exista dependência econômica de uma parte em relação à outra ou ainda que haja em tal relação alguma assimetria de forças, não se deve sacrificar a estabilidade e segurança que se espera no meio empresarial para se proteger ou amparar o contratante que não avaliou cuidadosamente todos os riscos a que estaria sujeito ao contratar. A esse respeito, vale frisar, será observado na análise empírica de casos que nossos tribunais, em certos casos, decidem sem considerar a natural assunção dos riscos pela parte empresária.

Por outro lado, o interesse social é lesado quando se permite que, no âmbito dos contratos empresariais de colaboração, uma parte, além de se sobrepor à outra, adote comportamentos capazes de gerar a quebra da confiança depositada pela outra parte em relação à consecução daquele negócio.

Nesse contexto, observa-se que o interesse a ser protegido exerce papel muito relevante no que tange à interpretação do contrato, sendo este um dos fatores que justificam a inadequação do tratamento concedido pelo Projeto de Novo Código Comercial em relação à proteção ao contratante economicamente dependente aplicável sem a devida cautela sobre todos os contratos empresariais.

Sobre isso, interessante é a análise de Marques, que aduz que:

> [...] os significados e o próprio conteúdo conceptual do contrato modificam-se conforme as mudanças de valores da humanidade e os princípios contratuais, ao seu turno, espelham tais vicissitudes históricas e evolutivas. Ora, não há como se conceder o mesmo tratamento interpretativo em um contrato empresarial que se concede em um contrato civil. (MARQUES, 2002).

Como advertem Gama e Pereira (2010), o contrato serve como mecanismo a serviço de uma ideologia e que, indiscutivelmente, acaba por refletir a realidade circundante. Isso significa que, nos dias atuais, o contrato não serve apenas como uma fonte de direitos e obrigações, devendo ser visto a partir da perspectiva social que nos envolve.

Nessa ordem de ideias, um dos limites possíveis de se extrair em relação à função social nos contratos empresariais diz respeito ao contexto que circunda a própria relação contratual, ou seja, os contratos empresariais seguem uma ideologia

própria do meio empresarial. São contratos regidos por princípios próprios e que são entabulados por pessoas que exercem tal atividade cientes dos percalços inerentes, o que também se observa no âmbito dos contratos empresariais de colaboração.

Assim, quanto maior a noção de risco que deflui naturalmente das atividades exercidas pelas partes em um contrato empresarial, menor a possibilidade de que sejam invocadas medidas que visem a revisão dos termos expressamente aceitos.

Com efeito, destaca Ribeiro e Galeski Junior:

> No aspecto intrínseco aos contratos, vale dizer, pela correlação entre o princípio da função social do contrato e o da igualdade substantiva – calcada no esforço de estabelecimento de uma sociedade mais digna – para os contratos empresariais não pode ser interpretado de modo a criar uma obrigação de que as partes tenham proveito equivalente nos negócios jurídicos que celebram, e que uma parte não pode ser mais beneficiada do que a outra, sob pena de estar se proibindo o risco e o lucro nas relações sociais. O controle das externalidades não deve contrariar o sistema econômico adotado pelo país. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 196).

Já nos contratos regidos pelo Direito Civil e pelo Direito do Consumidor, parte-se muitas vezes da premissa de que alguma parte seja vulnerável em termos técnicos ou econômicos e que se vinculou de forma racionalmente limitada à relação contratual, sendo de fato necessário que tal relação receba os influxos sociais que irradiam da nossa Constituição da República.

Neste contexto, sobressai a necessidade de se manter o equilíbrio de forças entre as partes, sendo marcante a incidência de mecanismos jurídicos que vão possibilitar a manutenção dessa realidade, sobretudo para se assegurar proteção à dignidade da pessoa humana.

Como bem pontua Gama, é importante notar que os princípios sociais dos contratos não excluem os princípios individuais, mas limitaram profundamente seu alcance e conteúdo. “Se antes o interesse individual era o valor supremo e só admitia limites gerais de ordem pública e bons costumes, passou-se a buscar a primazia da justiça social, referida no art. 170 da Constituição da República.” (GAMA, 2010).

É de alguma forma o que Sarmento aduz sobre a liberdade positiva. Segundo o autor, “a liberdade positiva seria a capacidade de autodeterminação, ou seja, a possibilidade do sujeito de direitos de tomar decisões sem se ver determinado pela vontade de outras pessoas.” (SARMENTO, 2004).

Tal liberdade é positiva, pois parte da ideia de que o sujeito reúne as condições de agir de forma livre, sendo este um elemento que se verifica no contexto dos contratos empresariais. Neste âmbito, motivados pelo lucro e pela noção dos riscos, observa-se uma maior capacidade de autodeterminação.

Como destaca Fiuza, “o modelo tradicional de contrato sofreu mutações em diversos sentidos, cedendo lugar às novas formas: contratos de adesão; contratos regulados, cujo conteúdo é dado pelo legislador; contratos necessários etc.” (FIUZA, 2007).

Disso se infere que os contratos entabulados sob a égide do direito civil ou do consumidor de fato devem receber influxos protetivos que tenham por objetivo balancear a relação existente, sobretudo para conceder certa isonomia às partes que, na formação da relação, não tiveram a oportunidade de discutir todos os termos da avença, manifestando sua vontade de forma absolutamente consciente.

Segundo o ilustre professor:

> [...] as pessoas já não contratam como antes. Não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais. Os contratos são celebrados em massa, já vindo escritos em formulários impressos. [...] Os fundamentos da vinculatividade dos contratos não podem mais se centrar exclusivamente na vontade, segundo o paradigma liberal individualista. Os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais. Nasce a Teoria Preceptiva. Segundo essa teoria, as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessam à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais. (FIUZA (2007, p. 261).

Com efeito, já se notou que a justificativa para que os contratos de direito civil e de direito do consumidor sejam interpretados de forma a proteger a parte vulnerável funda-se na manutenção da dignidade da pessoa humana e em critérios de isonomia, posto que não é razoável que se conceda tratamento interpretativo idêntico para partes que, em termos materiais ou até mesmo racionais, estejam em desequilíbrio.

Faria, nesse contexto, esclarece que:

> [...] o indivíduo que não possua os meios materiais mínimos de subsistência não é livre, pois a capacidade de autodeterminação do homem encontra-se condicionada a uma existência digna, provida pelos recursos materiais mínimos necessários à sobrevivência. (FARIA, 2007).

Observa-se, assim, que mesmo nas situações em que a vontade do sujeito não seja atingida por algum vício de consentimento, ainda assim pode ser manifestada de forma pouco racional ou condicionada por fatores externos que, em última análise, farão com que o conteúdo da avença não lhe favoreça.

Assim, de fato, não é tarefa das mais difíceis compreender-se que a perspectiva social que justifica a funcionalização dos contratos no âmbito do direito civil e do consumidor parte da concepção de que o interesse individual não pode se sobrepor à atuação do Estado, especialmente no que tange à tutela das pessoas que não possuem informações e conhecimentos suficientes para assumir certas obrigações no âmbito contratual.

Nesse contexto, aduz Gama (2010) que o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, inspirados na Constituição da República, têm como paradigma a funcionalização do contrato como meio de balancear os interesses individuais e sociais.

Mas o que dizer, então, sobre os contratos empresariais que, como já observado nesta tese, têm como partes pessoas que exercem atividades empresariais com clara noção dos riscos dai decorrentes? Será que todos os fatores que justificam a existência de proteção contratual tanto no âmbito civil como no do consumidor também devem incidir sobre contratos empresariais?

Com efeito, nos contratos empresariais há uma base axiológica que denota não haver a mesma necessidade de proteção que se observa nos contratos regidos pelo direito civil e do consumidor, daí afirmar-se que a proteção disciplinada no Projeto de Novo Código Comercial parte de uma premissa equivocada e que contraria a principiologia que rege os contratos empresariais.

A esse respeito, nota-se que nos princípios informadores dos contratos empresariais disciplinados pelo Código Comercial de 1850 já se dava uma evidente importância aos fatores que defluem da atividade empresarial como meios norteadores da interpretação de tais contratos. A esse respeito, importante observar os seguintes artigos:

> Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa. Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a

> inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras. (BRASIL, 1850).

Da simples leitura dos dispositivos transcritos, nota-se a importância de se reconhecer, no âmbito dos contratos empresariais, os seguintes critérios balizadores da sua interpretação, quais sejam: a) usos e costumes; b) a inteligência simples e adequada, ou seja, aquela que retira sua base das práticas observadas no meio empresarial; c) a natureza do contrato, ou seja, o que se espera seja alcançado pelas partes em tal negócio.

Em síntese, extrai-se dos dispositivos transcritos que, no âmbito dos contratos empresariais, existem outros mecanismos, que nesta tese chama-se de instituições, que governam a pauta interpretativa dos contratos empresariais, ou seja, as regras do jogo empresarial são definidas considerando não apenas o desejo manifesto das partes, mas todo o contexto que gravita em torno do exercício da atividade empresarial, o que inclui naturalmente a busca pelo lucro, a assunção de riscos, a possibilidade de erro de estratégias, prejuízos, dentre outros.

Com fundamento em Ribeiro e Galeski Junior (2015, p. 197), a sobrevivência do empresário no mercado está diretamente relacionada à sua capacidade de adaptação frente às externalidades dos negócios e sua consideração na fixação dos termos contratuais. Na verdade, pode-se ir um pouco mais além para dizer-se que esta capacidade está relacionada a uma habilidade especial daqueles que exercem atividades empresariais, sem a qual haverá o insucesso e a incidência do processo depurativo das empresas por meio da falência.

Nesse sentido, importante é para o desenvolvimento das atividades empresariais que exista acesso prévio aos riscos, inclusive em relação à amplitude interpretativa a partir do princípio da função social dos contratos, que só legitima a intervenção nas relações empresariais em hipóteses especiais.

Nesse dizer, Gomes (2002, p. 35) demonstra a dificuldade de se analisar o instituto da lesão em função da dificuldade de se operar com conceitos largos no campo econômico e empresarial.

Como se observa, não se pode, nas palavras de Ribeiro e Galeski Junior (2015, p. 235), “vulgarizar” a utilização do princípio da função social dos contratos aplicando-o aos contratos empresariais como se contratos de consumo fossem. Em verdade, segundo os autores, a invocação da função social estaria justificada apenas em circunstâncias em que o abuso do poder econômico pudesse prejudicar terceiros, causando externalidades para o público consumidor, esse sim o verdadeiro fim social do contrato empresarial.

Além desse fato, a função social deve ser invocada quando nos contratos de colaboração houver a incidência de comportamentos oportunistas somados à quebra da confiança. Em outras palavras, não se trata de conceder proteção simplesmente em função de dependência econômica, mas quando esta se somar a outros elementos que contrariem a própria razão de ser dos contratos empresariais de colaboração.

Assim, constata-se que a forma como a questão encontra-se disciplinada no Projeto de Novo Código Comercial, que simplesmente concede proteção ao contratante quando houver dependência econômica, parece temerária, uma vez que não se parte de uma avaliação do sujeito que compõe a relação jurídica e da sua autonomia, mas simplesmente da sua condição de dependência econômica, ainda que tal posição seja uma decorrência natural do tipo de contrato que ele firmou com sua contraparte.

10 A PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

Neste capítulo, pretende-se analisar quais traços definem a dependência econômica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como no Projeto de Novo Código Comercial e quais institutos jurídicos podem suscitar eventual colisão com a proteção ao contratante economicamente dependente. Tal análise, vale dizer, auxiliará, em linha de conclusão, a dizer se tal princípio poderá representar um fator de estímulo ou desestímulo à formação de novas relações contratuais sob os postulados defendidos pela teoria dos custos de transação já analisados nesta tese.

Além disso, é importante que a proteção ao contratante economicamente dependente seja confrontada com outros institutos jurídicos, para que se verifique quais proteções são ou não aplicáveis no âmbito dos contratos empresariais de colaboração e quais os limites nesse contexto.

A dependência econômica, como se observará, é um fenômeno que é tratado no âmbito dos contratos de colaboração. Tal fenômeno se dá na hipótese em que poder econômico de uma parte faz com que esta se sobreponha à outra, sujeitando-a aos seus desígnios. São comuns neste contexto a adoção de comportamentos potencialmente prejudiciais à parte dependente, aliados a atitudes que frustram a expectativa da parte dependente. Outra característica existente em torno da dependência econômica é que o contratante dependente encontra-se vinculado de forma a não poder optar por outro fornecedor.

Observa-se que as situações envolvendo a dependência econômica quase sempre estão relacionadas à existência de um ativo específico, ou seja, algum produto que faça com que a parte dependa quase que exclusivamente dele para o exercício de suas atividades. Nessa mesma linha, também é possível observar que a dependência pode se dar em função de uma marca, de uma tecnologia, de *Know How.*

Além dessas situações, observa-se que a dependência econômica também pode ocorrer em períodos de crise, nos quais determinadas empresas podem não encontrar mais de um fornecedor, tendo que se sujeitar à vontade de apenas um.

Em todos esses casos, o que importa para se identificar a existência de dependência econômica é a necessidade do distribuidor ou do franqueado em relação ao ativo, marca, tecnologia, *know how,* e a impossibilidade de eleição de outro fornecedor.

Já foi dito que a criação de um princípio protetivo para uma parte que se encontra em uma relação de dependência, especialmente no meio empresarial, deve ser vista com elevada reserva, na medida em que, em tais relações, a noção do risco faz com que haja naturalmente mais igualdade entre as partes, distanciando-se a lei da tentativa de proteção à parte mais vulnerável.

Não se pode, no entanto, negar proteção ao contratante empresário em relações contratuais de colaboração, pois é sabido que, mesmo sendo relações empresariais, é comum a sobreposição de uma parte à outra com a adoção de comportamentos contrários ao objetivo do contrato.[70]

Todavia, já se observou que apenas faz sentido criar-se alguma proteção nessas relações contratuais se, de fato, for da sua essência um vínculo de colaboração mais evidente entre as partes, pois, como analisado nesta tese, nos contratos denominados de intercâmbio e naqueles contratos ditos de sociedade, pela sua própria natureza, não se vislumbra a incidência de dependência econômica, ainda que possa haver assimetrias de informações ou de poder econômico.

Assim, tem-se sustentado que a proteção ao contratante economicamente dependente será necessária nos contratos de colaboração e diante da ocorrência de comportamento oportunista, somado à existência de atitudes que contrariem a confiança que fundamenta a relação entre as partes.

Nota-se que no nosso ordenamento jurídico já há diversos institutos que visam a proteger o equilíbrio das relações contratuais, mas especificamente nos contratos de colaboração firmados entre empresas é importante que haja um critério específico, até então inexistente em nossa legislação, sobre o qual pode-se se dizer ainda não haver tratamento consolidado no âmbito do Poder Judiciário.

Também já se comentou que, muito embora o princípio da boa-fé seja um importante vetor interpretativo incidente sobre todos os contratos, há que se fazer sua releitura no âmbito dos contratos de colaboração empresarial, pois sua amplitude conceitual tem como efeito permitir interpretações não condizentes com a lógica que paira sobre as relações empresariais.

---

[70] Sobre a questão, interessante é a análise proposta por Lupion (2011). Segundo o autor, a autonomia privada deve sofrer restrições nas relações contratuais assimétricas, sendo preciso reconhecer que nos contratos empresariais nem sempre haverá relação contratual paritária.

Sobre a dependência econômica, mesmo nos contratos de colaboração, não se pode negar que a parte dependente tenha benefícios comerciais, financeiros e mercadológicos que em outras relações não existiriam. Ou seja, não se pode proteger a parte simplesmente pelo fato de haver dependência econômica, já que, ao se vincular ao fornecedor, houve assunção de vantagens comerciais e de riscos inerentes ao negócio.

A título de exemplo, ainda que o franqueado dependa e tenha que se sujeitar às condições contratuais determinadas pelo franqueador, é evidente que aquele se beneficiará do posicionamento daquela marca no mercado, o que foi construído com o mérito do franqueador.

Pensar de outro modo seria criar proteção apenas em função de uma posição contratual, de forma muito semelhante à proteção destinada aos consumidores, sobre os quais, pela posição que naturalmente ocupam nas relações de consumo, devem receber tratamento diferenciado em termos interpretativos, dada a sobreposição econômica e técnica que o fornecedor quase sempre exerce sobre eles.

Nota-se que, mesmo nas relações empresariais assimétricas nas quais haja a dependência econômica de uma parte quanto à outra, não se pode falar, aprioristicamente, que isso seja um fato a merecer proteção jurídica, na medida em que tais relações são desenvolvidas sob premissas empresariais de risco, lucro e obtenção de outras vantagens que não existem no âmbito dos contratos regidos pelo direito do consumidor.

Nesse sentido, afigura-se uma tentativa equivocada do PNCC de se qualificar o contratante economicamente dependente, em alguma medida, como o consumidor desinformado e vulnerável em termos técnicos e econômicos, a quem a Lei 8.078/90 concede proteção contratual independente da ação abusiva do fornecedor.

Com efeito, não cabe proteção ao empresário simplesmente pelo fato dele ser vulnerável ou dependente economicamente, mas somente se tal condição for somada à existência de comportamento oportunista e de quebra da confiança inerente às relações de colaboração. Além disso, podem incidir sobre os demais contratos empresariais outros institutos jurídicos que serão tratados adiante neste capítulo, cada um ao seu modo.

Ao analisar a dependência econômica, Forgioni aduz que dois são os principais momentos em que o abuso normalmente manifesta-se:

> [...] o primeiro, quando a pujança de uma parte leva à obtenção de condições contratuais bastante favoráveis; o segundo, em que o abuso transparece no curso da vida contratual, quer mediante o exercício abusivo de prerrogativas contratuais, quer mediante a imposição de modificação das condições negociais, quer na ruptura da avença. (FORGIONI, 2005, p. 419).

Sobre isso, entende-se nesta tese que a mera obtenção de condições mais favoráveis não seria suficiente à ensejar proteção à parte dependente, mas apenas se o exercício abusivo caracterizar quebra de confiança.

Em complemento, sustenta-se que, nos contratos de colaboração, a dependência econômica poderá conduzir à possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas, na medida em que a parte detentora do poder de ditar as regras contratuais poderá se valer dessa condição para fixar regras que contrariem a essência cooperativa do contrato.

Por outro lado, a existência e o reconhecimento de uma parte dependente não pode ser um fator de paternalismo e estimulador de condutas que venham a permitir que a parte dependente se valha dessa posição para revisar ou resolver o contrato.

Em ambos os casos, não é desejável que tais condutas sejam perpetradas, uma vez que isso pode representar o aumento dos custos de transação. Além disso, essas condutas ferem a essência do contrato de colaboração, que é o auxílio mútuo entre as partes para que os objetivos contratuais sejam atingidos. Nesse sentido, a confiança enquanto causa motivadora dos contratos de colaboração atua como um importante fator, na medida em que torna mais clara a possibilidade de que condutas inadequadas sejam repelidas do âmbito de tais contratos.

Nesse passo, nota-se que, em função dos contratos de colaboração, as partes têm um dever especial de agir, pautado na confiança que se espera em tal relação. Assim, mesmo na hipótese de dependência econômica deve-se observar se a conduta adotada por alguma das partes foi contra a essência do contrato de colaboração, contrariando a confiança que motivou sua formação.

10.1 A proteção ao contratante economicamente dependente no Projeto de Novo Código Comercial

Diante das discussões até então empreendidas, é bom ampliar-se um pouco mais a discussão sobre o que de fato representa dependência econômica no âmbito do Projeto de Novo Código Comercial. A esse respeito, a primeira conclusão a que se pode chegar, como já observado, é que a dependência econômica não é um mal em si mesma, uma vez que pode resultar de relações contratuais absolutamente estáveis, sendo um fato inerente aos contratos de colaboração.

A proteção ao contratante economicamente dependente estabelecida no Projeto de Novo Código Comercial encontra-se assim disciplinada:

> Art. 17. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais:
> I – autonomia da vontade;
> II – plena vinculação dos contratantes ao contrato;
> III – proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas; e
> IV – reconhecimento dos usos e costumes do comércio. (CÂNDIDO, 2011).

Especificamente em relação ao art. 17 do Anteprojeto de Novo Código Comercial é que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente parece colidir com outros fundamentos dos contratos empresariais já analisados nesta tese. Nota-se que, ao mesmo tempo em que a proposição tratou de criar um mecanismo protetivo para o contratante supostamente vulnerável nas relações empresariais, ele também determina que a autonomia da vontade[71] é um princípio a ser igualmente aplicável.

A autonomia que as partes possuem no âmbito dos contratos empresariais decorre do sistema capitalista e possibilita que as relações contratuais sejam entabuladas de acordo com o desejo das partes, com muito mais liberdade de agir que nos contratos civis ou de consumo, especialmente em função do desejo de lucro que elas objetivam, o que faz com que a aceitação de eventual dependência econômica seja uma decorrência natural dos riscos aceitos livremente.

---

[71] Há distinções entre as noções sobre autonomia da vontade e autonomia privada. Segundo Fabro e Reckziegel (2014), A autonomia privada, então, se constitui no gênero, enquanto que a autonomia da vontade pode ser a espécie, considerando a autonomia da vontade vinculada à vontade interna (psíquica) e à liberdade de atuação de cada pessoa, com a possibilidade de escolha do tipo de obrigação a que se pretende aderir, enquanto a autonomia privada, por sua vez, tem relação direta com a liberdade de contratação, ou seja, com a criação de normas para si. (FABRO; RECKZIEGEL, 2014).

Em síntese, pela racionalidade que incide sobre os contratantes no meio empresarial, o grau de autonomia que eles possuem na definição dos direitos e deveres a que estarão sujeitos, a dependência deve ser vislumbrada de forma diferente quando cotejada com a autonomia das partes nos contratos civis ou de consumo.

Outro ponto previsto no art. 17 diz respeito à plena vinculação dos contratantes ao contrato. Ora, parece uma contradição a incidência de um principio protetivo ao contratante economicamente dependente e, ao mesmo tempo, a plena vinculação das partes aos ajustes previamente fixados. Neste ponto, indagar-se-ia qual seria a real finalidade da proteção se a vinculação aos termos ajustados é plena. Em outras palavras, se as partes dispõem de autonomia e se a vinculação aos contratos é plena, como será possível relativizar os termos expressamente assumidos por elas para a incidência da proteção ao contratante dependente?

Como já observado nesta tese, Gama (2008) afirma que os princípios que norteavam a concepção individualista dos contratos podem ser agrupados do seguinte modo: princípio da autonomia privada (ou da autonomia da vontade ou da liberdade contratual); princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda* ou da intangibilidade); princípio da relatividade subjetiva (ou da eficácia relativa às partes contratantes).

Nesse contexto, em decorrência dos movimentos sociais no final do século XIX, novos princípios ganharam força e mitigaram o princípio da obrigatoriedade dos contratos, sobretudo em função dos abusos decorrentes da liberdade ampla que as partes tinham na definição dos termos de suas avenças. Ocorre que, de acordo com os fundamentos que regem os contratos empresariais e já estudados nesta tese, neste âmbito, a autonomia e a liberdade ainda continuam sendo a regra de regência, salvo a existência de comportamentos contrários aos objetivos dos contratos de colaboração.

Sendo assim, a melhor dicção que se pode extrair em relação ao art. 17, II, deve ser o sentido de que a vinculação aos contratos empresariais é plena na medida em que não subsista na relação contratual algum desvio de conduta, especialmente a incidência de comportamentos oportunistas, pois, se houver, incidirá a proteção ao contratante dependente, não em função da dependência

propriamente dita, mas em função dos vetores de conduta pautados na confiança que gravita em torno dos contratos empresariais de colaboração.

Ainda em relação ao art. 17, IV, que determina a aplicação dos usos e costumes comerciais como cânones interpretativos dos contratos empresariais, remete-se o leitor ao capítulo em que se trata especificamente da confiança como uma das instituições que orientam os contratos de colaboração. A esse respeito, sustenta-se que a confiança é a base ou a causa das relações empresariais e isso, em grande medida, reflete um costume que baliza as relações empresariais.

Também deve-se dizer que, no Projeto de Novo Código Comercial, a proteção ao contratante economicamente dependente é considerada simplesmente em razão da assimetria da relação, ou seja, simplesmente por existir na relação contratual um desequilíbrio de forças entre as partes, sem se perquirir quais seriam essas assimetrias, se econômicas, jurídicas, técnicas, de informações ou até mesmo derivadas da posição que certa marca ocupa no meio empresarial.

Do mesmo modo que a dependência econômica por si só não deve gerar a incidência de proteção, a assimetria nas relações empresariais também não o deve. Com efeito, deve-se observar que, no universo empresarial brasileiro, no qual 99% das atividades formais (SEBRAE, 2014) é formado por microempresas e empresas de pequeno porte, certamente, pelo critério da assimetria de poder econômico, um grande volume de contratos empresariais serão assimétricos, já que terão muitas vezes um dos seus polos ocupados por tais empresas.

No entanto, insistimos que a proteção deve existir, mas em especial contexto envolvendo os contratos de colaboração nos quais possa ser observada a incidência de comportamentos oportunistas e quebra da confiança.

Já no art. 20 do Projeto de Novo Código Comercial, há também outras previsões que merecem atenção. Assim dispõe o artigo:

> Art. 20. A proteção que este Código libera ao contratante economicamente dependente, 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 da dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro.
> § 2º Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação. (CANDIDO, 2011).

Nota-se que o *caput* do art. 20 deixa bem evidente que a proteção ao contratante dependente não terá o condão de preservá-lo dos riscos inerentes à própria condução da atividade empresarial, especialmente em relação às consequências econômicas, financeiras, patrimoniais e administrativas do negócio. Nesse aspecto, nota-se que o elemento risco não permitirá que o empresário mitigue os ônus decorrentes de sua atividade a despeito da proteção concedida ao contratante dependente.

Isso significa que o erro na condução dos negócios do empresário não o protegerá, pois decorre, como já visto nesta tese, de um fator evidentemente assumido de forma autônoma e livre, sendo um componente natural do exercício das atividades empresariais, o que é muito bem analisado por Forgioni (2007).

Segundo a autora, um aspecto inerente ao funcionamento do sistema do direito comercial está relacionado ao erro do empresário. Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial.

Com efeito, tais enganos são desejados na medida em que permitem que pessoas que não reunam condições para o exercício de atividades empresariais sejam afastadas, numa clara depuração do sistema empresarial. Isso permite que pessoas com maiores condições, sobretudo técnicas, permaneçam no meio empresarial.

Nesse contexto, a disposição prevista no *caput* do art. 20, a nosso ver, é correta, pois fixa que o ordenamento não pode proteger o agente econômico em função da ausência de previsão sobre o erro o que evidentemente faz parte do exercício da atividade empresarial. Ainda com base em Forgioni (2007), o ordenamento não pode obrigar alguém a não ter lucro ou prejuízo, ou até mesmo a gerir bem o seu negócio, mas apenas agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, princípios e as legítimas expectativas da outra parte.

Pensar de outro modo seria estimular um paternalismo extremo sobre as atividades empresariais em detrimento da segurança nas relações contratuais, contrariando o sistema de livre iniciativa pautado na liberdade de exercício de atividades econômicas, com a assunção dos riscos que lhes são inerentes.

Por sua vez, nota-se que o risco de um ato equivocado praticado pelo empresário não foi afastado completamente pelo Projeto de Novo Código Comercial, pois, ao se criar uma proteção ao contratante economicamente dependente, a proposição assume que, nestas situações, ainda que a parte pudesse e devesse antever os riscos que a dependência econômica pode gerar, haverá proteção para mitigar seus efeitos.

Remontando ao que já foi dito em outras passagens, o fato de uma parte em um contrato empresarial ter assumido a posição de dependência não deve implicar em proteção alguma, salvo se houver comportamento oportunista e quebra da confiança da outra parte, uma vez que o prejuízo, a inadimplência, o aumento de tributos, enfim, os efeitos adversos naturais decorrentes da dependência econômica fazem parte do jogo negocial.

É isso que justifica o fato de, nos contratos de colaboração, as partes não terem a exata noção dos riscos do negócio, já que são contratos nos quais, muitas vezes, certas peculiaridades do negócio só serão definidas no futuro, uma vez que suas lacunas são inevitáveis e decorrem de incompletude contratual.

Por fim, nota-se mais uma ambiguidade no texto do parágrafo segundo do art. 20 do Projeto de Novo Código Comercial, que dispõe que a mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio ou desconstituição da obrigação, sendo necessária mais uma indagação acerca do real efeito da dependência econômica.

Ora, se no sistema empresarial o erro e o risco fazem parte do jogo e se nem tampouco a vantagem excessiva de uma parte sobre a outra deve ser causa de relativização da avença, a única interpretação possível acerca da proteção ao contratante economicamente dependente é aquela que impõe sejam observados os deveres de conduta na relação.

Ou seja, se a proposição não considerou a vantagem excessiva como causa de revisão dos negócios jurídicos porque o fez em relação à dependência econômica? Não se sabe a resposta, mas parece antagônico permitir que uma parte tenha vantagem excessiva sobre a outra e não se permita a dependência econômica.

Em outras palavras, do mesmo modo que se deve criar um mecanismo interpretativo em benefício do contratante dependente que fora vítima de

comportamentos oportunistas lesivos à confiança, se a vantagem excessiva também for motivada pela incidência de tais comportamentos, ela deverá ser coibida. Nesse sentido, a proteção ao contratante economicamente dependente, para ser caracterizada, deve partir da soma do comportamento oportunista, derivado da incompletude contratual, à quebra do dever de confiança.

10.2 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e o Instituto da Lesão

Já que se está tratando da proteção ao contratante economicamente dependente, um ponto que poderia suscitar questionamentos seria em relação à lesão[72] e sua incidência sobre os contratos empresariais, especialmente os de colaboração.

A esse respeito, interessante notar que o art. 220 do antigo Código Comercial dispunha que "A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação."

Brandão, ao tratar sobre a incidência da lesão sobre os contratos, afirma que:

> Para muitos juristas, antigos e modernos, lesão e contrato são ideias que se repelem. Sempre lhes pareceu muito fácil a demonstração dessa incompatibilidade. A noção tradicional do contrato, que se constrói sobre o princípio de sua obrigatoriedade, estaria essencialmente atingida pela estranha faculdade da rescisão. O mundo dos negócios, a seu turno, sofreria com a instabilidade das relações jurídicas. Assim, teórica e praticamente se deve rejeitar o instituto da lesão. (BRANDÃO, 1991, página).

Forgioni complementa que "é mesmo intuitivo que o empresário não pode ser considerado inexperiente para efeitos da incidência do art. 157." Segundo a autora, se assim é, "o sistema jurídico não concede proteção ao empresário que é incompetente ou não atua com a diligência mínima esperada dos mercadores naquele segmento da economia." (FORGIONI, 2005).

A partir disso, nota-se mais um elemento que justifica o que se tem sustentado nesta tese em relação à sujeição daqueles que exercem atividades empresariais em um sistema que incorpora o risco como um fator inerente às suas

---

[72] Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

ações, o que se traduz em uma maior exposição e predisposição aos ônus que eventualmente venham a incidir nesse contexto.

Assim, pode-se dizer que a lesão encontra aplicação limitada aos contratos empresariais, sobretudo em função do profissionalismo com que as partes exercem suas atividades e da incidência natural de comportamentos exercidos entre as partes no sentido de maximizar o lucro obtido por cada uma. Com efeito, não se pode considerar que houve lesão em função da inexperiência do empresário ou da premente necessidade.

10.3 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e o Abuso de Direito

Após analisarem-se os aspectos envolvendo os comportamentos oportunistas assumidos nos contratos de colaboração e após observar-se que, em tais contratos, impera entre as partes um dever especial de atuação pautado na confiança, que é a causa de existência de tais relações, é importante que se analise quais são os fundamentos que amparam a teoria do abuso de direito, confrontando-a com os comportamentos oportunistas.

Isso é importante para o que se pretende demonstrar nesta tese, na medida em que os comportamentos oportunistas já analisados, em alguma medida, guardam estreita relação com o abuso de direito, sendo importante que se confronte tais institutos com a finalidade de tornar mais clara a análise sobre os fatores que devem ensejar proteção ao contratante economicamente dependente.

Em suma, muito embora a delimitação exata do âmbito de incidência do abuso de direito e do comportamento oportunista não seja uma tarefa fácil, sobretudo pelo fato de serem institutos que partem de ciências distintas – Economia e Direito – entendemos que a discussão tem o poder de lançar um novo olhar sobre certas condutas que, vistas apenas sob a perspectiva do abuso de direito, poderiam gerar dúvidas quanto à sua licitude ou ilicitude.

Assim, ao se lançar mão de elementos colhidos especificamente no âmbito dos contratos de colaboração, e com base na teoria dos comportamentos oportunistas, deseja-se que tais análises se tornem mais claras, a fim de se coibir atos que, em suma, teriam o condão de quebrar a confiança, que é a causa de tais contratos.

Sobre o abuso de direito[73], dispõe o art. 187 do Código Civil que: “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

Fiuza e Brito destacam que a redação do artigo, numa leitura desatenta, confunde abuso de direito com ato simplesmente ilícito, dando àquele tratamento de delito, quando, segundo a doutrina mais moderna, seriam institutos diferentes. Na verdade, destacam os autores que o abuso de direito é mesmo ato ilícito, não intrinsecamente ilícito, como o homicídio, ou um avanço de sinal de trânsito, mas de ilícito funcional. Em suas palavras:

> Se tanto no abuso de direito, que é ato ilícito funcional, quanto no ato intrinsecamente ilícito, o agente pratica ato antijurídico, no abuso de direito, há o exercício legítimo de um direito subjetivo, que ultrapassa certos limites, enquanto no ato intrinsecamente ilícito, tal não se dá. Em outras palavras, o ato intrinsecamente ilícito nada tem de exercício legítimo de direito. (FIUZA; BRITO, 2009, p. 359).

Em complemento os autores aduzem que:

> Muito embora em alguns casos seja importante a prova da má-fé de quem pratica o ato abusivo, esta não é essencial para a configuração do abuso de direito. Seus requisitos são objetivos: basta exceder os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do direito, pela boa-fé (conduta adequada), ou pelos bons costumes para se estar praticando o abuso. (FIUZA; BRITO, 2009, p. 361).

Também se extrai em Pereira que:

> Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com frequência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, o interdito possessório que desaloja da gleba um ocupante. Em todos esses casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável.[...] Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem. (PEREIRA, 1998, p. 429).

---

[73] Enunciado número 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

Em relação ao comportamento oportunista, este é, segundo Conceição (2000), “a busca pelo auto-interesse com astúcia”. Em complemento, Williamson informa que:

> [...] a combinação de contratos incompletos (decorrentes da racionalidade limitada) com informações pouco confiáveis (decorrentes do oportunismo) corroí a ideia de que o simples conhecimento do contrato entre duas partes será suficiente para eliminar problemas pós-contratuais. [...] sendo implausível atribuir conhecimento equitativo aos árbitros das disputas (os tribunais), o conhecimento equitativo do contrato entre as partes não impede o surgimento de disputas pós-contratuais e de má adaptação dos contratos. (WILLIAMSON, 2005)

Disso se extrai que o comportamento oportunista, para os fins analisados nesta tese é aquele que decorre da abertura das cláusulas dos contratos de colaboração e que pode, diante disso, estimular alguma das partes a agir com a intenção de majorar suas vantagens, com ou sem prejuízos diretos à outra parte.

Nesse sentido, observa-se duas formas de exercício do comportamento oportunista, aquele que decorre simplesmente da existência de lacunas contratuais que possibilitarão a alguma das partes a tentativa de aumentar as vantagens por ela auferidas. Nessa situação, o que se observa é que o comportamento oportunista deflui como uma decorrência direta do objetivo de lucro das partes em um contrato empresarial. Com efeito, não se veda que, em uma relação contratual empresarial, as partes tentem maximizar seus lucros, nem tampouco se protege alguma das partes contra eventuais prejuízos, pois isso é um efeito direto do risco decorrente do exercício das atividades empresariais.

Aliás, como já comentou-se nesta tese, o próprio PNCC[74] não considera nula ou anulável a obtenção de vantagem excessiva, o que corrobora, de alguma forma, a perspectiva de ganhos e de concorrência que são inerentes ao meio empresarial.

A esse respeito, Lupion aduz que “o dever de cooperação pode ser relativizado pelo ambiente concorrencial dos negócios empresariais e pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que cabe a cada empresa.” (LUPION, 2011, p. 155).

---

[74] É o que dispõe o parágrafo 2º do art. 20 do PNCC. *In Verbis*: “§ 2º Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação.”

A interessante análise feita por este autor demonstra que os deveres decorrentes da boa-fé no âmbito dos contratos empresariais não devem receber o mesmo tratamento que ocorre no âmbito dos contratos civis ou de consumo, conquanto no âmbito empresarial impera a concorrência, a avidez pelos lucros, o que não merece sanção. Sendo assim, em sua opinião, tais deveres no âmbito empresarial devem ser "mitigados" em prol da eficiência na circulação de bens e serviços.

Isso demonstra que nem todo comportamento oportunista poderá ser considerado como abusivo no âmbito empresarial, o que significa que, nesse contexto, não devem ser repelidos, pois fazem parte da tentativa de maximização dos lucros do empresário. Por outro lado, quando tais comportamentos se somam a condutas que evidenciem a quebra da confiança que se espera em tais relações, a proteção ao contratante dependente deve incidir, e esta é a segunda forma de exercício do comportamento oportunista.

Também no âmbito do abuso de direito, pode-se dizer que há necessidade do confronto da conduta considerada abusiva com o contexto no qual ela se insere, pois só assim é que se poderá concluir ter ou não havido o comportamento contrário ao Direito. Nesse sentido, com base no art. 187 do Código Civil, deve-se analisar, para se concluir se houve ou não abuso de direito, se o ato ultrapassou os limites expressos na norma, quais sejam, os fins[75] econômicos e sociais dos direitos subjetivos, os bons costumes e a boa-fé.

Nesse linha, para a caracterização do abuso de direito necessário se faz que o sujeito tenha ultrapassado tais limites, questionando-se quais seriam estes limites, e se no âmbito dos contratos de colaboração empresariais tais limites seriam relativizados em função da concorrência e da avidez por lucros que as partes possuem. Em outras palavras, quais seriam os limites de atuação permitida diante de tais incompletudes contratuais, já que não se pode considerar abusiva a atuação dentro da mais ampla autonomia que as partes têm na fixação das regras específicas dos contratos de distribuição?

---

[75] A origem do critério finalista está ligada em ideais e princípios que dizem respeito à finalidade social do direito, visto em seu conteúdo ético e moral. [...] Em síntese, para a teoria finalista e, como se verá, para a nossa lei civil, o abuso de direito é a ilicitude, a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica. É a condenação do que contrarie os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, ainda que sob o manto da legalidade estrita, em combate à moralidade e ao positivismo que a justifique em nome de um suposto império da lei. (LEVADA, 2002, p. 71).

A este respeito, o primeiro ponto sobre o qual se fixa entendimento é no sentido de que não se pode considerar abusivo o necessário exercício de direitos que há na complementação das cláusulas deixadas em aberto nos contratos de colaboração. Com efeito, se nos contratos de colaboração as incompletudes contratuais são uma realidade inafastável, este não pode ser um fator que, por si só, sirva para justificar a proteção ao contratante dependente.

Além disso, outro ponto que merece atenção é que se as partes concordaram que tais incompletudes seriam supridas de acordo com o desenvolvimento normal do negócio, seria natural se esperar que – de ambos os lados – haja uma natural tentativa de aumento nas vantagens negociais e maior barganha, não sendo possível que isso caracterize abuso de direito.

O limite para tal obtenção de vantagens, nestes casos, deve partir do critério da confiança como causa dos contratos de colaboração, ou seja, se o ato for manifestamente contrário à realidade do contrato de colaboração, ensejando a desnaturação dos objetivos desejados pelas partes quando de sua formação, deverá incidir proteção jurídica.

Do mesmo modo que nos contratos empresariais há um ambiente que confere às partes maior autonomia na definição de suas condições, no âmbito do abuso de direito também deve-se considerar o ambiente para se aferir se a parte ultrapassou os limites impostos pelo fim econômico do contrato, pela sua finalidade social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sobre isso, ainda que no âmbito do abuso de direito a análise da culpa ou do dolo sejam irrelevantes[76], a questão passa necessariamente pela análise dos limites de autonomia que as partes possuem nos contratos, sejam eles empresariais, civis ou de consumo. Como destaca Miragem:

> Enquanto na ilicitude o limite evidente é o preceito normativo, cuja ordem de autorização, permissão ou proibição torna algo imediato constatar sua violação, o abuso distingue-se desta apenas ao remeter tal exame para elementos não expressos de modo específico na norma, mas que se depreendem de conceitos plurissignificativos, com ou sem conteúdo valorativo pré-determinado, como é o caso dos fins sociais e econômicos, a boa-fé ou os bons costumes – todos limites adotados pelo Código Civil de 2002. (MIRAGEM, 2005, p. 17).

[76] O abuso de direito é categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 296).

Pereira, ao analisar o fenômeno do abuso de direito, afirma que se “impõe conciliar a utilização do direito como respeito à esfera jurídica alheia, e aconselha fixar-lhe um limite.” (PEREIRA, 1998, p. 429). A questão tormentosa que se coloca a esse respeito está nos limites do exercício do direito, ou seja, até que ponto o exercício de um direito é considerado legítimo para, a partir daí, ser considerado abusivo.

Ora, se para a caracterização do abuso de direito exige-se que sejam ultrapassados os limites do direito subjetivo da parte, como isso se daria no âmbito dos contratos de colaboração empresariais?

Nesta linha de raciocínio, já se observou nesta tese que, nos contratos empresariais, sua finalidade econômica está relacionada com a necessidade de que, em tais relações, as partes busquem atingir a própria razão de ser de sua atividade. Ou seja, a função econômica liga-se à circulação de bens ou serviços pautados na intenção de lucro das partes. Aliado a isso, também se observou que, no âmbito empresarial, o risco e a avidez por vantagens fazem parte do “jogo”.

Disso decorre que a busca da finalidade econômica dos contratos de colaboração deve perpassar e até mesmo aceitar com maior tolerância certos comportamentos e atos praticados pelas partes e não simplesmente confrontá-los sob a perspectiva pautada em postulados comportamentais extraídos exclusivamente do direito civil ou do consumidor.

Nota-se, nesse âmbito, que o abuso de direito cotejado sob a perspectiva do Direito Civil, Consumidor e Empresarial tem “intensidades”[77] diferentes, de modo que a “qualidade” vislumbrada em cada ramo do Direito deve justificar efeitos distintos.

Ora, se no sistema empresarial o erro e o risco fazem parte do jogo e se, nem tampouco a vantagem excessiva de uma parte sobre a outra deve ser causa de relativização da avença, a única interpretação possível acerca da proteção ao contratante economicamente dependente é aquela que impõe sejam observados os deveres de conduta na relação, especialmente a confiança.

---

[77] Miragem afirma que não parece adequado estabelecer uma identidade entre os conceitos de abuso de direito no direito civil e em outros setores jurídicos, como é o caso do direito do consumidor. Isso porque, ainda que a princípio seja absolutamente correto identificar em ambos uma natural limitação à liberdade individual, é de rigor considerar que o fundamento dessa limitação no direito civil e no direito do consumidor, ainda que possam igualar-se muitas vezes em intensidade das suas consequências (como por exemplo, a sanção de nulidade ou o dever de indenizar) vai distinguir-se por sua qualidade. (MIRAGEM, 2005, p. 13).

Forgioni aduz que o abuso de direito nos contratos de distribuição pode concretizar-se mediante o abuso de dependência econômica, desde que o exercício das prerrogativas contratuais seja contrária ao seu "fim econômico" ou à "boa-fé". Segundo a autora:

> No caso dos contratos de distribuição, o fim econômico das cláusulas que asseguram ao fornecedor direitos em relação à sua rede de distribuição deve ser entendido como um aumento do grau de eficiência jurídica global do escoamento da produção, sem a injusta exploração dos revendedores. Igualmente, a boa-fé a que alude o texto do Código diz respeito àquela objetiva, que aumenta o grau de confiança e coíbe a frustração da legítima expectativa. (FORGIONI, 2005, p. 428).

Isso significa que a busca pelo lucro ou pela obtenção de vantagens negociais não é algo que *de per si* afetará o contrato, eivando-o de nulidade. Ao contrário, o ato reputado abusivo deve ser confrontado com os objetivos desejados pelas partes. Por exemplo, se se trata de uma rede de combustíveis que se encontra em plena expansão de sua marca e dos seus distribuidores, sendo isso de conhecimento das partes, não há que se considerar abusivo, em princípio, o licenciamento de dois pontos de vendas situados no mesmo bairro, ainda que isso venha a diminuir o volume de vendas de um dos pontos.

Do mesmo modo, na fixação unilateral de preços, que no âmbito civil poderia suscitar a anulabilidade, no âmbito dos contratos de colaboração é algo comum, já que o fornecedor não tem como definir previamente quais serão os valores, sobretudo em função de tais contratos perdurarem muitas vezes por vários anos.

Forgioni, a esse respeito, aponta que a importância da apreciação da eficiência jurídica do contrato de distribuição no processo interpretativo passa pela determinação da licitude do ato praticado por um dos contratantes. "A eficiência jurídica transforma-se, assim, em parâmetro para a definição da abusividade do comportamento de uma das partes." (FORGIONI, 2005, p. 430). A autora ainda destaca que "a eficiência jurídica é cláusula geral implícita em todos os pactos desse tipo, cujo significado será posto pelo intérprete dentro da moldura do contrato."[78]

---

[78] Forgioni cita interessante caso em que não ficou caracterizado o abuso de direito envolvendo a AGIP e um posto de combustíveis que por muitos anos adquiriu seus combustíveis (sem exclusividade). No aludido caso havia relação constante entre as duas empresas, mas durante a crise do petróleo a AGIP recusou-se a vender ao posto cliente não exclusivo, continuando a fornecer aos postos que eram seus distribuidores (exclusivos). A AGIP não foi condenada, pois verificou-se que ela, por conta da carência de combustíveis, havia reduzido em cerca de 30% a quantidade de produtos vendidos para os postos de sua rede exclusiva e que venda para os

Forgioni ainda aduz que:

> A eficiência jurídica parte do interesse comum na atividade de escoamento da produção, mas leva em conta também as perdas experimentadas por uma das partes, bem como a boa-fé e a proteção das legítimas expectativas dos contratantes. Se o ato implicar prejuízo ao distribuidor não compensado pelos ganhos globalmente tomados em conta, há de ser considerado abusivo; caso contrário, dar-se-ia proteção aos interesses egoísticos (e juridicamente ineficientes) de uma das partes, geralmente aquela detentora de maior poder econômico. (FORGIONI, 2005, p. 430).

Com efeito, complementando o conceito que a autora apresenta sobre eficiência jurídica, se a atitude de alguma das partes atende à finalidade de escoamento da produção, otimizando-a, isso deve ser considerado para se aferir se caberia proteção ao contratante dependente. Além disso, como se tem sustentado, se as perdas experimentadas pela parte for uma decorrência normal da relação de colaboração, também não há que se perquirir eventual abuso, já que o risco é inerente a tais atividades.

Por fim, o principal elemento para se aferir se a conduta atende aos propósitos do contrato de colaboração deve ser a confiança, ou seja, se a conduta de algum modo fere a confiança que foi gerada na relação, ela deve ser coibida.

Em complemento, nos contratos de colaboração, especialmente no contrato de distribuição, são comuns as situações nascidas no contexto específico daquele negócio e que suscitam dúvidas acerca de sua abusividade, como nos casos envolvendo a possibilidade de venda direta pelo fornecedor, a indicação de novos distribuidores para atuarem na área de certo distribuidor, a exigência de estoques mínimos, a estipulação de taxas de publicidade, a fixação unilateral de preços, a determinação – no caso específico de distribuidoras de combustíveis – de galonagem mínima, prazos de entrega fixados de forma unilateral, dentre outros.

Tome-se como exemplo uma prática comum nos contratos de distribuição de combustíveis. Em tais contratos, é comum a fixação de um volume mínimo de combustíveis que o posto de combustíveis deve adquirir por mês. Nesse âmbito, não se pode penalizar (ou considerar em mora) o distribuidor que não adquire os volumes mínimos se isso ocorre em função do mercado deficitário. Por outro lado, atua em desconformidade com o contrato de colaboração em tela aquele distribuidor

---

postos não exclusivos poderia representar sua ruína, já que ela deveria privilegiar sua rede exclusiva. (FORGIONI, 2005, p. 434).

que atua de forma desidiosa, que não atua de forma proativa, que não envida os esforços necessários para a consecução dos objetivos do contrato.

Outra situação muito comum nesse âmbito é a recusa de fornecimento por parte do fornecedor de produtos. Em uma análise precipitada, poder-se-ia dizer que o fato de um fornecedor recusar-se a fornecer os produtos objeto do contrato de distribuição ou franquia seria uma atitude abusiva.

No entanto, em muitas situações, nota-se exatamente a incidência de comportamento oportunista por parte não dos fornecedores, mas dos distribuidores. Em situações de alta dos preços dos produtos, os distribuidores, motivados pela possibilidade de ganho, sempre buscam aumentar seus estoques, o que faz com que os fornecedores não tenham condições de atendê-los. Nesse ponto, para a higidez do sistema de distribuição, o fornecedor tem que se recusar a fornecer as quantidades solicitadas por um específico distribuidor, para conseguir atender a toda sua rede.

Ou seja, nessa situação houve, por parte do fornecedor, recusa de fornecimento não abusivo, e comportamento oportunista por parte do distribuidor, mas em ambos os casos, não entendemos ter havido quebra da confiança a fim de gerar a resolução do contrato.

Fato é que, como já se observou, não há como, em um contrato de colaboração, cuja execução dar-se-á normalmente por vários anos, que as partes definam previamente todas essas questões exemplificadas acima, sendo uma decorrência natural a que exige que tais contratos tenham certa amplitude para que as partes negociem livremente certos aspectos do negócio.

Outro ponto que merece atenção é em relação à boa-fé, já que o art. 187 do Código Civil dispõe que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Nessa perspectiva, preliminarmente já merece atenção aquilo que fora dito por Miragem (2005) acerca do abuso de direito disciplinado em nosso Código Civil. Segundo o autor, tal artigo pode ser questionado em função de sua “atualidade e utilidade, em face sobretudo do papel preponderante da boa-fé, tanto no direito precedente ao Código Civil de 2002, quanto nele próprio, como se observa nos arts. 113, 128 e 422.” (MIRAGEM, 2005, p. 23)

De fato, em alguma medida, bastaria a aplicação do princípio da boa-fé objetiva para constatar-se que a conduta ultrapassou certos limites, sem a necessidade de se recorrer à categoria do abuso de direito, cujo domínio original era a proteção contra atos emulativos e chicaneiros. (ASCENÇÃO, 2005).

Em relação ao confronto entre o abuso de direito e os comportamentos oportunistas, observa-se que ambos podem traduzir uma mesma realidade, ou seja, caracterizar-se como um agir contrário ao dever de confiança, que é a causa dos contratos de colaboração, já tratados em capítulo específico.

Todavia, é preciso que o intérprete tenha a cautela de observar que, nos contratos empresariais, tanto o comportamento oportunista quanto o abuso de direito, para sua caracterização, deverão observar um agir contrário à lógica empresarial, especialmente ao risco assumido pelas partes.

Em suma, observado o fato de que nos contratos empresariais as partes dispõem de mais autonomia para definição de suas obrigações e que assumem riscos inerentes ao negócio, ainda assim poderá haver a incidência de um agir contrário ao Direito.

Por certo, diante da atuação contrária ao dever de confiança, os efeitos serão os mesmos que aqueles decorrentes da não observância do dever de boa-fé, sobre o qual se tratou em capítulo específico. Assim, a proteção ao contratante economicamente dependente deve partir do pressuposto de que, nas relações de colaboração, o parâmetro a ser observado para se aferir se houve abuso de direito ou comportamento oportunista é a quebra de confiança e não qualquer atitude contrária aos postulados do Direito Civil ou do Consumidor.

10.4 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e as Cláusulas Potestativas

A esse respeito, em análise precisa sobre o tema, Forgioni (2005, p. 422) aduz que nem sempre as cláusulas que dependam exclusivamente da vontade do fornecedor poderão ser consideradas puramente potestativas, já que podem estar situadas no âmbito das cláusulas meramente potestativas. Tais cláusulas são no dizer de Nery Júnior e Nery:

> A condição vedada, puramente potestativa, distingue-se da condição potestativa (ou meramente potestativa), que é lícita. As potestativas são aquelas que, embora condicionadas à vontade de uma das partes, não dependem tão-só de seu arbítrio unilateral. Para essas condições, que dependem da vontade de uma das partes e também de outros fatores, objetivos e-ou subjetivos, dá-se o nome de condições potestativas, que, como já se disse, nos termos do art. 122, são lícitas. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p.. 260).

Forgioni conclui que não serão consideradas puramente potestativas as cláusulas do contrato se estas não ficarem ao arbítrio exclusivo do fornecedor, mas também dependerem da incidência de circunstâncias objetivas, como "o aumento da eficiência (jurídica) do sistema de distribuição." Segundo a autora:

> Mesmo que haja o evidente desnível de poder de contratação entre fornecedor e distribuidor, as cláusulas não deverão ser consideradas puramente potestativas se: (i) delas o distribuidor tinha consciência antes da declaração do contrato; (ii) constituem obrigações para aumentar a eficiência global do sistema de distribuição do produto; (iii) o sacrifício impingido a uma das partes seja superado pelos ganhos de eficiência do sistema de distribuição globalmente considerado. Ou seja, a restrição da atividade do distribuidor, de uma parte, foi livremente contratada e, de outra, é necessária e justificada pela melhoria do escoamento da produção. (FORGIONI, 2005, p. 423).

Partindo dessa lógica, a autora acrescenta que:

> A eficiência da distribuição, para fins jurídicos, parte do interesse comum na atividade de escoamento da produção, mas leva em conta também as perdas experimentadas por uma das partes, bem como a boa-fé e a proteção das legítimas expectativas dos contratantes. Se o ato implicar prejuízo ao distribuidor não compensado pelos ganhos globalmente tomados em conta, há de ser considerado abusivo; caso contrário, dar-se-ia proteção aos interesses egoísticos (e jurídicamente ineficientes) de uma das partes, geralmente aquela detentora de maior poder econômico. [...] Podemos, portanto, nos valer das lições da jurisprudência nacional e estrangeira e afirmar que o abuso ocorrerá quando o fornecedor adotar um comportamento egoístico e não compensado pelos ganhos de eficiência jurídica do sistema de distribuição. Os ganhos de eficiência globais devem ser entendidos como melhoria da atividade econômica de escoamento da produção, sem sacrifício de uma parte impingida pelo oportunismo da outra em detrimento de sua legítima expectativa e boa-fé. (FORGIONI, 2005, p. 431).

Como se nota, aquelas condições que dependem da vontade de uma das partes e de circunstâncias que decorrem naturalmente dos contratos colaborativos não podem ser consideradas puramente potestativas, pois é uma exigência de tais relações que a definição de muitos dos seus termos só sejam definidos na execução do contrato.

Nesse contexto, como a incompletude desses contratos é um fato que exige a devida complementação de suas lacunas, deve-se avaliar, de acordo com aquilo que fora dito em relação ao abuso de direito, se a atuação de alguma das partes pode ou não ser caracterizada como oportunista e ensejadora da quebra de confiança.

10.5 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e a Onerosidade Excessiva

A questão que se coloca neste capítulo é saber-se até que ponto a teoria da onerosidade excessiva pode ser aplicável nos contratos empresariais. A importância dessa análise diz respeito ao tema central analisado nesta tese, ou seja, até que ponto as obrigações assumidas pelas partes nos contratos de colaboração empresarial devem sofrer os influxos protetivos disciplinados no âmbito do Direito Civil e do Consumidor. Em complemento, quais seriam os motivos que justificam eventual proteção ao contratante dependente em função de onerosidade excessiva.

Sobre isso, o ponto de partida é a noção sobre a teoria da base objetiva do negócio jurídica como mecanismo ensejador da revisão dos termos contratuais ajustados pelas partes. Sobre tal teoria, nota-se que ela destinou se às relações de consumo, nos seguintes termos:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (BRASIL, 1990)

Já no Código Civil, a temática encontra-se disciplinada na seção que dispõe sobre a resolução contratual por onerosidade excessiva, sendo assim disciplinada.

> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
> 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. (BRASIL, 2002).

Segundo Larenz:

> [...] cada contrato cria ou regula determinadas relações entre as partes, relações que, por sua vez, são, em maior ou menor medida, uma manifestação das circunstâncias sociais existentes e, em certa medida, as pressupõe. Aquele que conclui um contrato pensa e age partindo de uma situação dada, que não é preciso que se represente claramente, que, talvez, nem sequer estava em condições de compreender, porém cujos sedimentos penetram no contrato como pressuposições imanentes. A interpretação de um contrato não depende, pois, exclusivamente das palavras usadas e de sua significação inteligível para as partes, mas também das circunstâncias em que foi celebrado e que foram ajustadas. Se posteriormente ocorre uma transformação fundamental das circunstâncias, possibilidade em que não haviam pensado as partes contratantes e que de nenhum modo haviam levado em consideração ao ponderar seus interesses e ao distribuir os riscos, pode ocorrer que o contrato, executado nas mesmas condições, perca por completo seu sentido originário e tenha conseqüências totalmente distintas das que as partes haviam projetado ou deveriam razoavelmente projetar. É este o velho problema da cláusula rebus sic stantibus, da consideração das circunstâncias transformadas, das quais se originam as hipóteses em que uma relação contratual existente é afetada por uma variação imprevista das circunstâncias com tal intensidade que sua ulterior manutenção não está justificada apesar do princípio, tão importante, de fidelidade ao contrato. (LARENZ, 2002, p. 91).

Nesta linha, Nery Júnior e Nery aduzem que:

> [...] a base objetiva do negócio jurídico, decorrência imediata da cláusula geral de boa-fé objetiva, é fenômeno que, nos contratos comutativos, implica em pressuposição da equivalência objetiva das prestações, ou seja, havendo desequilíbrio entre as prestações, causado pela álea normal – que para os fins desta tese chamamos de álea empresarial – levará a quebra da base objetiva do negócio, que poderá ensejar a revisão do contrato ou a sua resolução de acordo com as previsões contidas no Código Civil, especialmente a onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 437).

Novaes, sobre a teoria da base objetiva, pontua que a teoria em questão não demanda a imprevisibilidade das circunstâncias que foram alteradas, nem tampouco que a onerosidade excessiva de uma parte traga uma vantagem excessiva para a outra. “Ela se concentra, em suma, na destruição da base do negócio e na necessidade de seu restabelecimento, o que atende à busca da justiça contratual e se compatibiliza com o espírito do Código de Defesa do Consumidor.” (NOVAES, 2010).

Segundo a Autora:

> [...] a Teoria da Base do Negócio Jurídico indicará ao intérprete as circunstâncias iniciais a serem consideradas como o parâmetro para a análise das alterações supervenientes. Ela permitirá, portanto, a identificação de um ponto de partida que, em cotejo com as circunstâncias atuais, permitirá dizer se a onerosidade é ou não excessiva e, por conseguinte, se deve ou não ocorrer a revisão do contrato. A identificação

> desse parâmetro deve partir da análise das circunstâncias ou estado geral de coisas cuja subsistência é objetivamente necessária para que o contrato exista como regulação dotada de sentido. O parâmetro é, portanto, a base do negócio jurídico, ou seja, as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. (NOVAES, 2010).

Em posição diferente, Larenz não considera, para fins de aplicação da teoria da base objetiva do negócio jurídico, alguns elementos, quais sejam:

> (i) acontecimentos e transformações que são pessoais ou estão na esfera de influência da parte prejudicada (neste caso opera como limite a força maior); (ii) acontecimentos e transformações que repercutiram no contrato tão somente porque a parte prejudicada se encontrava, ao se produzirem os mesmos, em mora solvendi ou accipiendi; (iii) acontecimentos e transformações que, sendo previsíveis, formam parte do risco assumido no contrato. (LARENZ, 2002).

Em relação ao terceiro ponto, nota-se que não deverá haver tratamento diferenciado entre as partes com a aplicação da teoria da base objetiva do negócio jurídico se os riscos do negócio estavam na esfera de conhecimento das partes.

Por outro lado, deve-se dizer, em relação à teoria da onerosidade excessiva, que, nos termos previstos no Código Civil – arts. 478 a 480 (da resolução por onerosidade excessiva), exige-se para sua configuração a conjugação de: a) fatos extraordinários e imprevisíveis; b) contratos de execução continuada e de trato sucessivo ou de execução diferida; c) quebra do sinalagma com onerosidade excessiva para uma das partes e extrema vantagem para a outra. Ao lado desses requisitos, como destaca Dias são exigidos os seguintes requisitos negativos:

> [...] i) ausência de impedimentos da prestação pela parte que invoca a onerosidade excessiva; (v) ausência de mora da parte lesada no momento do pedido de revisão ou resolução e; (vi) ausência de impedimento do pedido de revisão ou resolução pelo fato da onerosidade estar coberta pelos riscos inerentes ao contrato (a chamada “álea normal do contrato”). (DIAS, 2007, p. 338).

Especificamente quanto ao requisito negativo de não estar o negócio jurídico situado nos riscos inerentes ao contrato, conclui-se que tais riscos têm o condão de afastar a incidência da teoria da base objetiva e da onerosidade excessiva, de forma que, no âmbito dos contratos empresariais, vale observar que a aplicação de tais teorias seria muito limitada, já que tem-se sustentado ser da essência das relações

empresariais a assunção do risco do negócio pelas partes contratantes. Nessa Linha é o Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> 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. (BRASIL. STJ. REsp 936741/GO. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, 2012, grifamos).

Por outro lado, tem-se que considerar que, a despeito do posicionamento apresentado, certas situações podem gerar a possibilidade de resolução ou revisão do negócio, uma vez que não se encontram no âmbito do risco normal da atividade exercida pelas partes contratantes. Nesse sentido estão as condutas oportunistas que, somadas à quebra do dever de confiança, ensejam proteção às partes no contrato de colaboração.

10.6 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente e a Proteção a Concorrência

Ao se tratar da temática envolvendo a proteção ao contratante economicamente dependente, observou-se que esta só terá razão de ser quando conjugada com o comportamento oportunista aliado à quebra da confiança. Além disso, isso só será aplicável naqueles contratos empresariais caracterizados pelo dever de colaboração entre as partes, já que nos demais o fato de uma parte se sobrepor à outra economicamente não pode ser motivo para que seus termos sejam relativizados em função de alguma operação hermenêutica.

Nesse sentido, interessante é observar-se, ainda que brevemente, alguns dispositivos relativos à proteção da ordem econômica, o que se faz com a intenção

de demonstrar que a tentativa de reprimir abusos praticados entre empresas, apesar de ser uma realidade no âmbito de proteção à concorrência, não o é no âmbito dos contratos empresariais.

Na Lei nº 12.529/2011, colhem-se as condutas que caracterizam infração da ordem econômica, dispondo seu art. 36 o seguinte:

> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
> [...]
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (BRASIL, 2011).

Nota-se que, na Lei de Defesa da Concorrência, reconhece-se a possibilidade do exercício abusivo de posição dominante de uma empresa contra outras, mas, diferentemente da disciplina existente no PNCC, na Lei nº 12.529/2011 o objetivo da norma é a proteção à concorrência como um todo e não a proteção *intra* contratual, ou seja, é norma de direito público, que visa resguardar interesses mais amplos.

A dominação para a Lei nº 12.529/2011 é a dominação de mercado e não a dominação de uma parte em detrimento da outra, o que se soma ao fato de a dominação em tela, por si só, não ser caracterizada como um ato ilícito se decorrer de processo natural, justificado pela eficiência do agente econômico, conforme art.36, §1° do referido diploma.

Em complemento, de acordo com o parágrafo segundo do art. 36 da Lei nº 12.529/2011:

> Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (BRASIL, 2011).

Nessa linha, fazendo uma analogia entre a norma da Lei nº 12.529/2011 e o Princípio da Proteção ao Contratante Dependente, nota-se que no âmbito concorrencial exige-se a incidência do abuso para que seja concedida proteção jurídica e este fato para esta tese é relevante, uma vez que corrobora o entendimento sustentado de que a proteção ao contratante economicamente dependente prevista no PNCC não pode decorrer de uma mera posição de dependência, mas conjugada a outros elementos que a justifiquem.

Sob a perspectiva concorrencial envolvendo contratos de distribuição, a dependência econômica pode-se traduzir na possibilidade de uma parte se sobrepor à outra, ditando todas as regras do jogo, sendo possível que isso se converta em prejuízos não só à parte dependente, mas sobretudo ao mercado, sendo importante frisar que nem sempre a parte dependente será o distribuidor, podendo sê-lo, também, o fornecedor.

Assim, faz todo sentido que a Lei nº 12.529/2011 tenha definido as condutas que de fato representam potencial lesivo às relações econômicas e empresariais, sendo possível observar que, em tal norma, a livre concorrência e sua higidez foram os valores escolhidos pelo legislador, encontrando-se em perfeita harmonia com a Constituição da República, conforme se infere dos seguintes dispositivos:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 2011).

Pela repressão ao abuso da dependência econômica, aduz Forgioni (2005, p. 347), que se procura impedir que o agente que se encontra em situação de superioridade em relação à sua contraparte use seu poder indevidamente, posto que nesse tipo de relação é possível que uma parte imponha certas condições à outra, que deve aceitá-las para sobreviver.

Ora, se tais condutas são prejudiciais à concorrência, é evidente que devam ser reconhecidas e evitadas também no âmbito contratual, sendo este um dos pontos que justificam a existência do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente devidamente ajustado à realidade dos contratos de colaboração.

Ao tratar sobre o que seria a dependência econômica[79] no âmbito dos contratos, Forgioni (2005, p. 347), apresenta hipóteses que podem vir a caracterizá-la, tais como o grande poder de compra que algumas empresas possuem, de que são exemplo as redes de supermercado. Também se observa tal fenômeno na dependência de marca famosa, o que ocorre naturalmente na hipótese de contrato de franquia.

A dependência econômica se faz presente também nas situações de crise, em que há apenas um ou poucos fornecedores de certos produtos; nos casos em que o fornecedor tenha importante parcela do mercado e em que o produto do fornecedor seja notório e indispensável em certos casos.

Também é possível observar que há dependência econômica quando há o que Williamson citado por Forgioni (2005, p. 359) chama de custos idiossincráticos, ou seja, quando há grande investimento específico para a realização do negócio entre as partes, o que se traduz na necessidade de que uma parte fique por um longo período vinculada à outra, para que tais custos sejam diluídos.

Outro ponto a se observar é que o contratante economicamente dependente não pode ser visto como o consumidor desinformado e vulnerável em termos técnicos e econômicos, a quem a Lei nº 8.078/90 concede proteção contratual independente da ação abusiva do fornecedor. Como já observou-se, ainda que a proteção ao contratante economicamente dependente seja uma realidade nos contratos de colaboração, sua aplicação não faz sentido algum nos contratos de intercâmbio e nos contratos de sociedade.

Como destaca Forgioni (2005, p. 353), ao tratar sobre o abuso da posição econômica, cabe ao operador do Direito identificar as situações em que o ato da empresa preponderante vai além da normal prática do mercado, propiciando-lhe vantagem excessiva ou injustificada, sendo este também um ponto que deve justificar a proteção ao contratante dependente.

Forgioni (2005, p. 353), em lúcida análise sobre o abuso da posição dominante no âmbito concorrencial, aduz que, por um lado, deve-se refrear o abuso;

---

[79] É possível observar que a dependência econômica foi considerada no art. 473 do Código Civil, que estabelece que a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, se opera mediante denúncia notificada à outra parte, mas que dada a natureza do contrato, se uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

por outro, não se pode deixar que o regramento jurídico acabe por tornar o sistema ineficaz, desestimulando a adoção de uma forma vantajosa de distribuição de produtos e serviços. O ordenamento jurídico deve buscar um meio-termo que conjugue a proteção ao agente econômico com a eficiência do sistema. Segundo a autora: “Na maioria dos contratos de distribuição, a dependência econômica não é inútil; ao contrário, ela permite a unidade e identidade da rede e do sistema de distribuição.”[80]

Em suma, se de um lado o legislador defende a criação de um mecanismo de proteção ao contratante economicamente dependente nas relações contratuais assimétricas, de outro há fundamentos que justificam a necessidade de que o texto do PNCC seja ajustado à realidade dos contratos de colaboração empresariais.

Some-se a isso o fato de o art. 3º da nossa Constituição prever que o desenvolvimento nacional é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o que permite dizer que, se as instituições formais e informais que asseguram o cumprimento das obrigações nos contratos empresariais forem afetadas por normas que venham a gerar instabilidade ou incertezas aos contratos empresariais, em última análise, estar-se-á diante de uma norma dissonante com tal objetivo.

Como pontua Brandelli:

> [...] o desenvolvimento econômico não é propriamente um fim em si mesmo, mas um meio de se atingir determinadas possibilidades. Releva sobremaneira para o direito o papel que tem aquele para a consecução do princípio maior da dignidade humana. Além disso, tal princípio tem íntima e importante ligação com a dignidade humana, e, desempenha nesse mister um papel social deveras importante, longe da pecha do individualismo e do monetarismo que por vezes se lhes tenta atribuir. (BRANDELLI, 2011, p. 165).

Em complemento, Brandelli (2011) aduz que a eficácia econômica é fundamental para que haja desenvolvimento econômico. Segundo o autor, não se pode desenvolver a nação cujas instituições não sejam racionais, desperdicem recursos e não incentivem os agentes econômicos a alocarem bem seus recursos, disso defluindo que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente deverá ser ajustado para, de fato, ser um mecanismo capaz de coibir

---

[80] Forgioni cita em sua obra paradigmática decisão do Tribunal de Comércio de Charleroi, proferida em 1995, ao concluir que há posição dominante do fornecedor em relação ao seu distribuidor quando a desproporção econômica entre as partes é flagrante. (FORGIONI, 2005, p. 355).

condutas oportunistas e que venham a quebrar o dever de confiança das partes nos contratos de colaboração.

10.7 A Proteção ao Contratante Dependente e as Relações de Consumo

A análise que se tem empreendido nesta tese sugere a adequação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente ao contexto dos contratos de colaboração empresarial.

Como dito, a proteção, da forma como foi inserida no âmbito do Projeto de Novo Código Comercial, muito se assemelha à proteção concedida aos consumidores, posto que nesta relação é comum a concessão de mecanismos protetivos que possam efetivamente equilibrar o vínculo entre as partes, sobretudo com fundamento na evidente disparidade de forças que paira entre consumidores e fornecedores.

No entanto, há que se perceber que os fatores que justificam a existência de mecanismos protetivos ao consumidor são, em larga escala, diferentes daqueles que poderiam justificar o tratamento diferenciado entre pessoas em uma relação empresarial, ainda que neste caso alguma delas seja economicamente dependente de outra.

Sobre isso, a primeira observação que deve ser feita é em relação ao exercício de atividade profissional pelas partes signatárias do contrato empresarial. A esse respeito, Marques (1998) indaga, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, se haveria desequilíbrio em um contrato firmado por dois profissionais, concluindo que, em regra geral, presume-se que não há desequilíbrio, ou não é tão grave a ponto de merecer uma tutela especial, não concedida pelo Direito Civil e pelo Direito Comercial.[81]

---

[81] I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais. II. Situação, ademais, em que não ficou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede de algumas delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado. III. Incidência à espécie das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. IV. Inaplicabilidade dos arts. 94 parágrafo 4º, e 100, IV, letra "d", do CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil. V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula n. 283 do Pretório Excelso. VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido.(BRASIL. STJ. REsp. nº 632.958-AL. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 2010).

Outro ponto a ser observado diz respeito à assimetria de informações entre as partes em uma relação contratual e sobre as eventuais falhas de mercado que poderiam justificar alguma interferência estatal para conferir equilíbrio às relações empresariais.

Sobre a questão da assimetria de informações, destaca Ribeiro e Galeski Junior que “a disparidade informacional permeia, no geral, todas as relações contratuais” (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 227), sendo relevante confrontar tais assimetrias com a necessidade de se, efetivamente, conceder proteção jurídica.

Ribeiro e Galeski Junior (2015, p. 228) entendem que o consumidor é vulnerável por ser atingido de forma direta por duas falhas existentes no mercado: a existência do poder econômico e a assimetria de informação,[82] sendo estas também falhas observadas de forma recorrente no âmbito dos contratos empresariais.

No que tange à assimetria de informações no âmbito dos contratos empresariais, é de se esperar que as pessoas que exercem atividades empresariais tenham a diligência necessária para atuarem em tal meio, o que significa um agir de acordo com os riscos que são inerentes a tais atividades. Assim, não é crível que o empreendedor possa se livrar dos ônus advindos da relação contratual simplesmente sob o argumento de que desconhecia os riscos existentes ou que fora prejudicado por uma condição anormal do mercado. Isso faz ainda mais sentido quando se está diante de um contrato de colaboração, no qual a incompletude contratual é um dos riscos expressamente assumidos pelas partes e que normalmente motivam condutas oportunistas.

Nesse contexto, afirma Ribeiro e Galeski Junior que “a intervenção estatal só pode ocorrer nos contratos empresariais em menor escala, já que em tais contratos se fala em profissionais de determinado ramo, cuja obrigatoriedade de informação é inerente ao risco da empresa, repita-se.” (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2015). Assim, é possível observar a possibilidade de aplicação do CDC em função da

---

[82] Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão." Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (BRASIL. STJ. REsp. nº 319.707/SP. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 2003).

vulnerabilidade das partes em certos julgados do STJ[83] e nas hipóteses envolvendo o abuso do poder econômico.

Entre os julgados do Superior Tribunal de Justiça, merece atenção o Recurso Especial 687.322[84], de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que, no tocante à aplicação do Código de Defesa do Consumidor a um contrato empresarial de franquia, afastou-lhe a aplicação sob o argumento de que “a boa-fé opera na reciprocidade, sendo claro que aquele que contrata sabendo com antecedência aquilo que contrata, não sendo pessoa fora do mercado, hipossuficiente, ou ignorante da prática comercial da área que vai contratar, subordinado a uma lei especial que define a formação do contrato e as condições prévias da contratação, não pode invocar a proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Em outra vertente, está o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça[85] que confere proteção à pessoa jurídica, ainda que esta não seja a destinatária final dos produtos, sendo possível extrair desse entendimento que a proteção busca equilibrar a relação existente entre as partes em função de evidente vulnerabilidade.

---

83 Observa-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de aplicação do Código de defesa do Consumidor mesmo em hipóteses em que a pessoa jurídica não seja a destinatária final dos produtos adquiridos. A jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado a teoria finalista para aplicar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp nº 601.234/DF. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 2015). Em outro precedente: 1. "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da súmula 7/STJ." (BRASIL. STJ. EDcl no AREsp nº 265.845/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi, 2013). 2. Em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva. 3. Na espécie, dada a desproporção entre as contratantes, é incontestável a natural posição de inferioridade da ré frente à autora e de supremacia desta ante aquela, o que, entretanto, por si só, não possibilita o reconhecimento de situação de vulnerabilidade provocada, a atrair a incidência da referida equiparação tratada no art. 29 do CDC. É que tal norma não prescinde da indicação de que, na hipótese sob exame, tenha sido constatada violação a um dos dispositivos previstos nos arts. 30 a 54 dos Capítulos V e VI do CDC. A norma do art. 29 não se aplica isoladamente. 4. As instâncias ordinárias, no presente caso, recusaram a incidência do Código do Consumidor, por não haverem constatado a ocorrência de prática abusiva ou situação de vulnerabilidade na relação contratual examinada, mostrando-se inviável o reexame do acervo fático-probatório para eventualmente chegar-se a conclusão inversa, ante a incidência do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial desprovido. (BRASIL. STJ. REsp. nº 567192/SP. Relator: Min. Raul Araújo, 20143).

84 BRASIL. STJ. REsp. nº 687.322/RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2006.

85 BRASIL. STJ. REsp. nº 476.428-SC. Relator: Min. Nancy Andrighi, 2005.

O que se nota em relação à possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que as pessoas jurídicas não sejam as destinatárias finais dos produtos, é que pode haver desequilibrio de forças entre as partes, o que também pode ocorrer em uma relação empresarial. No entanto, pensar a vulnerabilidade consumerista não é o mesmo que pensar a vulnerabilidade empresarial, posto que as relações guardam profundas diferenças em termos axiológicos, sobretudo em função da expectativa que as partes guardam em relação aos efeitos da avença.

Com efeito, em uma relação de consumo, o fornecedor já parte da premissa de que, nas suas relações com os consumidores, ele estará exposto à possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas o mesmo não se pode dizer em relação aos contratos empresariais, especialmente naqueles nos quais ambas as partes estão buscando o lucro em suas operação e sobre os quais tratou-se com mais vagar no capítulo sobre os contratos empresariais.

Em outras palavras, pensar que a pessoa jurídica que exerça atividade empresarial possa ser considerada consumidora em certos casos é assumir que nestas relações, de algum modo, ela é vulnerável a ponto de receber os influxos protetivos do CDC. Por outro lado, em uma relação empresarial de colaboração, não se pode conceder proteção simplesmente em função da dependência econômica, já que esta não é uma premissa que valha por si só.

Nesse sentido, a proteção ao contratante economicamente dependente só tem razão de ser se for somada à existência de comportamentos oportunistas que quebrem o dever de confiança inerente aos contratos de colaboração.

10.8 A Proteção ao Contratante Economicamente Dependente no Parecer Apresentado pelo Deputado Alexandre Baldy ao Projeto de Novo Código Comercial

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 1.572 de 2011 e no curso da elaboração desta tese, exatamente no dia 18 de junho de 2015, foi apresentado pelo deputado Alexandre Baldy relatório parcial destinado a subsidiar as discussões em torno do Projeto original de Novo Código Comercial. Em tal relatório, especificamente em relação ao Livro III, observou-se que o relator sugere seja excluída do Projeto a previsão de proteção plena ao contratante economicamente

dependente, indagando se a lei deveria tolerar as decisões equivocadas daqueles que exercem atividades empresariais. Em suas palavras:

> Trata-se, portanto, de investigarmos essa questão central, qual seja: a definição do grau de tolerância com que a lei deve tratar as decisões equivocadas tomadas pelos empresários, para que ela não acabe levando a distorções no regime de livre concorrência , desestimulando investimentos e decisões empresarialmente acertadas e estimulando, para prejuízo de todos os brasileiros, a indolência e incompetência empresariais. (BALDY, 2015).

Em seguida, o relator se posicionou no sentido de que a proteção deva ser ajustada para não incidir sobre todas as empresas, já que o erro de estratégia empresarial faz parte dos riscos empresariais e, portanto, deve ser assumido por aqueles que decidem empreender, o que, pelo que já se viu, encontra-se em consonância com as discussões aqui empreendidas.

Nessa linha, o relator ponderou que situações específicas devem ser ajustadas e não podem deixar de contar com a proteção da lei, especialmente em se tratando de microempresas, empresas de pequeno porte, bem como em relação ao empresário dependente.

Todavia, muito embora o relator tenha sugerido a modificação do projeto com a finalidade de restringir a proteção ao contratante economicamente dependente em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte, ao analisar-se o substitutivo[86] por ele apresentado, observou-se que a proteção ao contratante economicamente dependente fora completamente suprimida da redação.

---

[86] Art. 302. São princípios do direito contratual empresarial: I – autonomia da vontade; II– plena vinculação dos contratantes ao contrato;e III – reconhecimento dos usos e costumes do comércio. Art. 303. No contrato empresarial, o empresário deve decidir por sua livre vontade a oportunidade de celebrar o negócio jurídico e contratar obrigações ativas e passivas que atendam, em ponderação final, aos seus interesses. Art. 304 . No contrato empresarial, a vinculação ao contratado é plena. § 1º A revisão judicial de qualquer cláusula de contrato empresarial não cabe, se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários. § 2º Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto, prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa e for falsa a informação prestada. § 3º A insolvência do contratante, ao tempo do contrato, ainda que notória ou conhecida da outra parte, não é causa para anulação do contrato empresarial. Art. 305. As partes podem contratar margem suficiente de perda para a hipótese de quebra da base do contrato, com desequilíbrio contratual motivado por álea extraordinária. § 1º Não tendo sido contratada nenhuma margem, a parte prejudicada pelo desequilíbrio suportará as perdas em montante equivalente a até 20% (vinte por cento) do valor do contrato. § 2º Salvo disposição contratual em contrário, somente caberá a revisão ou resolução do contrato empresarial por onerosidade excessiva no caso de a perda resultar superior à margem referida neste artigo. Art. 306. Em razão do profissionalismo com que exerce a atividade empresarial, o empresário não pode alegar

Ou seja, observa-se na redação proposta que a Proposição considerou, com base em seu art. 304, que a vinculação ao contratado é plena, com o que não se concorda, tendo em vista que, nos contratos de colaboração, a hipótese de existência de comportamentos oportunistas contrários à confiança das partes é algo que deveria ter sido considerado pela proposta, nos termos que tem-se sustentado nesta tese.

Além disso, importante é a dicção do art. 389 do substitutivo apresentado pelo deputado Baldy, segundo o qual:

> As relações entre distribuidor e distribuído serão regidas exclusivamente pelo contrato que assinarem.
>
> Parágrafo único. Não são aplicáveis aos contratos de distribuição as disposições específicas previstas por este Código, ou pela lei, para os demais contratos de colaboração. (BALDY, 2015).

Nesse âmbito, nota-se que, nos contratos de distribuição, haverá uma autonomia quase absoluta no que tange à definição dos termos da avença, sendo este um ponto que merece atenção, já que tem-se observado ser o contrato de distribuição um contrato de colaboração empresarial em que as lacunas contratuais constituem uma normal condição.

Por esta razão, permitir que tais contratos sejam regidos exclusivamente pela vontade das partes é negar por completo a possibilidade de incidência de comportamentos oportunistas, com claro prejuízo à confiança que se espera nessas relações. Mais do que isso, o teor da redação sugere a possibilidade de interpretações que venham a reconhecer uma liberdade amplíssima no âmbito dos contratos de distribuição, que, como já se viu, também são contratos de colaboração.

Como já dito, a proteção ao contratante economicamente dependente, se devidamente ajustada ao contexto empresarial, terá o condão de evitar comportamentos abusivos no âmbito dos contratos de colaboração. Logo, muito

---

inexperiência para pleitear a anulação do contrato empresarial por lesão. Art. 307. São válidas e eficazes as cláusulas do contrato empresarial em que as partes contraem obrigações de acordo com os usos e costumes do comércio, local ou internacional. Art. 308. Nos contratos empresariais, são válidas as cláusulas de limitação e de exoneração do dever de indenizar, exceto nos casos de danos causados por dolo.§ 1º Nos contratos empresariais de adesão, as cláusulas descritas no caput deste artigo deverão ser escritas em destaque,assegurando se ao aderente o conhecimento do seu conteúdo. § 2º As partes contratantes podem convencionar livremente a estipulação de outras exceções à aplicação das cláusulas de limitação e de exoneração do dever de indenizar.

embora o risco seja inerente às relações entre empresários, não se pode desconsiderar que, nas relações de colaboração, as partes têm um dever especial de agir, de modo a permitir que os objetivos de todas elas sejam alcançados.

Além disso, nota-se que o substitutivo também não limitou a incidência dos princípios aplicáveis aos contratos empresariais, aplicando-os a todos os contratos firmados entre empresas, sendo este mais um ponto a ser observado, já que sobre os contratos de sociedade e de intercâmbio devem incidir regras próprias, como já observado nesta tese.

10.9 A Dependência Econômica no Código Comercial Francês

A análise realizada em torno do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente demonstrou, até o presente momento, que: a) o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente da forma como se encontra previsto no PNCC é equivocado, pois simplesmente concede proteção ao contratante dependente em todos os contratos empresariais, sem se exigir que a conduta tenha sido contrária aos objetivos negociais; b) Diante disso, sustenta-se que tal princípio seja aplicável aos contratos de colaboração empresarial e não a todos os contratos empresariais; c) Além disso, tal princípio deve ser estruturado de forma a apenas conceder proteção ao contratante que tenha sido vítima de comportamentos oportunistas, sendo o princípio da confiança um elemento muito importante a fim de caracterizar a licitude da conduta; (d) Por fim, tão grave quanto a aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente é a sua ausência no PNCC, como sugere o deputado Alexandre Baldy, pois os contratos de colaboração são fértil terreno para a existência de condutas oportunistas e o fato de serem contratos empresariais firmados sob a perspectiva do risco não serve para que lhes seja afastada proteção diante de comportamentos contrários aos objetivos negociais.

Nesse contexto, interessante é a análise que se faz acerca dos dispositivos existentes no Código Comercial Francês que dispõem sobre a proteção ao contratante economicamente dependente, já que tal análise comparada é sempre útil para demonstrar em quais pontos nosso Direito pode evoluir para se adaptar a novas realidades.

Assim dispõe o art. L420-2 do Código Comercial Francês:

> É proibida, tal como previsto no artigo L. 420-1 , o abuso por uma empresa ou grupo de empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem consistir na recusa de venda , vendas casadas ou condições de venda discriminatórios e na ruptura das relações comerciais, a única razão que o parceiro se recusa a submeter-se a condições comerciais injustificadas. Também é proibida, uma vez que é susceptível de afetar a função ou estrutura da concorrência**, o abuso por uma empresa ou grupo de empresas de dependência económica contra uma empresa cliente ou fornecedora** . Estas práticas abusivas podem consistir na recusa de venda ou pela imposição de práticas discriminatórias referidas no I do artigo L. 442-6 ou o conjunto de atos. (FRANCE, 2014, grifamos, tradução nossa).[87]

Como observado em esclarecedora publicação do Ministério da Economia da França (2014), para que haja dependência econômica nos termos ao art. L420-2, três condições devem subsistir. De acordo com esta publicação, a primeira condição é que haja dependência econômica, assim entendida com base em entendimentos jurisprudenciais como aquela caracterizada pela ausência de solução equivalente, ou seja, a parte dependente não dispõe de outra alternativa de fornecedor.

Outros critérios também são extraídos da aludida publicação do Ministério da Economia, quais sejam: a) a participação do fornecedor nas vendas dos seus distribuidores; b) a relevância da marca detida pelo fornecedor e sua importância no mercado; c) a definição unilateral de estratégias negociais pelo fornecedor. Nota-se que tais condições devem ser analisadas em conjunto com a finalidade de se extrair se há ou não dependência econômica.

A esse respeito, para caracterização da dependência econômica no ordenamento francês, o fornecedor deve ter ingerência sobre o processo de venda dos seus distribuidores, além de tomar decisões de forma unilateral que possam influenciar nas estratégias de vendas. Some-se a isso o fato de se exigir que o fornecedor seja o titular de marca que evidencie a dependência do distribuidor a ele.

Outro critério que deve ser considerado de acordo com a publicação e para que se caracterize a proteção contra o abuso de dependência econômica é o abuso

---

[87] Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

de tal posição. Nesse sentido, o art. L420-2 e o L442-6 listam, de forma meramente exemplificativa, diversas condutas que sugerem a necessidade de proteção, tais como: a) a recusa de negociar; b) vendas casadas impositivas; c) práticas discriminatórias a que se refere o artigo L 442-6; d) Obter ou tentar obter, sob a ameaça de uma ruptura sólida, total ou parcialmente, condições manifestamente abusivas em relação a preços, condições de pagamento, prazos ou serviços externos de vendas.

Por fim, para caracterizar a dependência econômica com a finalidade de se conceder a devida proteção, a conduta deve ter o condão de afetar a concorrência. A esse respeito, já analisou-se nesta tese que, no Brasil, a norma de proteção à concorrência simplesmente trata como uma conduta que deve ser reprimida o exercício abusivo de posição dominante. Em outras palavras, é norma cuja proteção tem o escopo de proteger o mercado e não apenas as relações contratuais privadas.

Na verdade, o Código Comercial Francês, ao mesmo tempo em que buscou evitar a prática de certas condutas no âmbito dos contratos de colaboração, também buscou proteger a concorrência como um todo. Isso, aliás, corrobora posição defendida nesta tese, na medida em que demonstra a coexistência no ordenamento francês de proteções distintas, ou seja, tanto para a higidez da concorrência, quanto para o equilíbrio contratual das partes em uma relação de colaboração.

Assim, justifica-se que, no ordenamento brasileiro, busque-se proteção ao contratante dependente além daquela existente na Lei nº 12.529/2011, já que tais condutas, mesmo não consistindo em efetivos prejuízos à concorrência, podem elevar os custos de transação das relações privadas.

Isso, de alguma maneira, afeta o mercado como um todo, já que tais custos serão repassados aos produtos ou aos serviços prestados pela parte prejudicada. Nesse sentido, o mercado, como bem dito por Forgioni (2012), não existe sem fronteiras às atividades de seus agentes, possuindo uma função social derivada, em última instância, das normas constitucionais, de forma que as raias do sistema de mercado são postas pela conjugação de todos os princípios de índole social.

11 A DIMINUIÇÃO DAS INCERTEZAS A PARTIR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

Analisados os pressupostos teóricos que informam o que são e qual a função das instituições em nossa sociedade, neste capítulo pretende-se analisar como a segurança que se espera em uma relação contratual pode ser influenciada a partir da existência de incompletudes contratuais, somadas a comportamentos oportunistas e dependência econômica.

Brandelli aduz sobre isso que:

> A existência de custos de transação decorre especialmente da existência de três fatores: racionalidade limitada dos agentes que não conseguem prever todas as variáveis contratuais, oportunismo de tais agentes e a existência de ativos específicos que farão com que haja um vínculo de dependência de uma parte em relação à outra. (BRANDELLI, 2011, p. 148).

A partir da análise de Pound, nota-se que:

> A riqueza, numa era comercial, é largamente composta de promessas. Uma parcela importante da substância de cada um de nós consiste em vantagens que outros prometeram propiciar ou realizar em nosso benefício; de exigências para que as promessas sejam concretizadas, exigências essas que não serão formuladas contra o mundo em geral, mas contra determinados indivíduos. Assim, o indivíduo exige que se realizem as promessas vantajosas que lhe foram asseguradas. Exige a satisfação de expectativas criadas por promessas e acordos. Se tal exigência não for satisfeita, atritos e desperdícios resultarão obviamente e, a menos que algum efeito compensatório deva ser levado em conta, o qual seria sacrificado no processo, o interesse individual nas vantagens prometidas deveria ser garantido, ao que nos parece, na mesma e completa medida daquilo que foi assegurado à pessoa pela promessa deliberada da outra. (POUND, 1965, p. 129).

No âmbito dos contratos de colaboração já se demonstrou que a incompletude contratual é uma realidade inafastável, na medida em que, em tais relações jurídicas, as partes estruturam as condições genéricas da avença, dependendo de outras condições que só serão verificadas no curso da relação negocial. Isso significa que a racionalidade limitada dos agentes em tais contratos toma uma proporção ainda mais evidente, quando comparada aos de intercâmbio.

Em tais casos, a definição da política de preços e descontos, estoques mínimos, necessidade de ampliação ou incremento do estabelecimento, muitas

vezes dependerão da evolução e maturação do negócio, motivo pelo qual essas questões serão estruturadas pelas partes no decorrer da avença.

Consoante essa afirmação, tem-se observado que, diante da incompletude contratual, comportamentos oportunistas poderão se formar, e este é um fator que deve ser coibido, pois contraria a confiança que motiva a formação dos contratos de colaboração empresarial.

Nessa medida, se, de um lado, as atividades comerciais exigem maior autonomia privada das partes, sobretudo em função do natural risco por elas assumido em tais relações, por outro, há que se coibir comportamentos que deponham contra a natureza dos contratos de colaboração. A esse respeito, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente pode ser um interessante instrumento para se impedir que uma parte se sobreponha à outra em função do seu poder de ditar as regras contratuais.

Como já se observou, mesmo existindo em nossa doutrina estudos sobre o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, bem como julgados que reconhecem a existência dessa realidade nos contratos empresariais, nota-se que não há, em tais posicionamentos, uma uniformidade de critérios para identificação de quando este princípio poderá incidir.

Sobre isso, a existência de um princípio que possa auxiliar a interpretação dos contratos empresariais de colaboração seria muito bem acolhido, pois seria um mecanismo capaz de permitir interpretações doutrinárias e jurisprudenciais conducentes à conclusão de que em tais contratos as partes têm um dever especial de agir, pautado na confiança causadora da relação entre elas existente. Com isso, em termos econômicos, geraria-se maior segurança ao tráfego mercantil e menores custos de transação.

Conforme Meneguim afirma:

> [...] as leis e as decisões judiciais, juntamente com os instrumentos que obrigam todos os cidadãos a cumpri-los (polícia, judiciário, fiscalização sanitária, Receita Federal, agências reguladoras, etc.), fornecem um conjunto de incentivos aos cidadãos e empresas, que têm reflexos sobre a eficiência das transações econômicas. Segundo o autor, uma legislação que estabeleça impostos muito elevados, por exemplo, representa um incentivo à sonegação. Uma adequada lei de patentes, que proteja as inovações tecnológicas e gere lucros aos inventores, por sua vez, será um incentivo para o desenvolvimento científico. (MENEGUIM, 2011).

Para Brandelli:

> [...] a norma jurídica, assim pensada, como um sistema de incentivos que provocará certas respostas em agentes racionais, permite a utilização do instrumental econômico para explicá-las, e também aos institutos jurídicos, bem como antecipar com certa confiabilidade (já que diante da racionalidade limitada dos agentes a previsão certa não é possível) as atitudes das pessoas permite prever como responderão os agentes aos incentivos legais, o que permite, por sua vez, explicar a razão da formatação das normas. (BRANDELLI, 2011, p. 143).

Inserindo esta discussão no objeto desta tese, é possível observar que o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente previsto no Projeto de Novo Código Comercial merece ajustes, pois se encontra estruturado para aplicação a todos os contratos empresariais, pouco importando se são contratos de intercâmbio ou de sociedade. Além disso, o princípio, tal qual disciplinado na proposição originária, desconsidera que, nos contratos empresariais, o risco faz parte da atividade.

Sobre isso, tem-se sustentado, pois, que só há que incidir o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente se houver a incidência de comportamentos oportunistas somados à quebra de confiança de alguma das partes.

Para nós, faz sentido que, nos contratos de colaboração, haja diferenciação das partes, não a partir dos mesmos critérios disciplinados para os contratos civis ou de consumo, mas a partir de critérios especiais, que favoreçam a segurança que se espera em tais relações.

Como exemplificam Bernardes e Florenzano:

> Ao definir direitos e deveres, a norma jurídica coloca para os indivíduos uma estrutura de incentivos que vai influenciar de forma determinante suas escolhas e decisões econômicas. Certamente a ciência econômica corrobora muito para esta nova perspectiva da norma jurídica, em especial no que se refere aos incentivos monetários, haja vista que para a economia o papel dos preços relativos é fundamental na oferta e demanda de bens e serviços. (BERNARDES; FLORENZANO, 2008, p. 4).

Colocado em perspectiva o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, observa-se que sua incidência apenas sobre os contratos de colaboração poderá ensejar maiores incentivos, na medida em que a

relação contará com critérios mais claros em relação à proibição de condutas oportunistas e lesivas à confiança.

Quanto a isso, Pound aduz que:

> Êsse interesse social na segurança das transações, como poderíamos chamar-lhe, requer que asseguremos o interesse individual da promessa, isto é, sua pretensão ou exigência para ser garantido na expectativa criada, que se tornou parte integrante de sua substância. Nos países regidos pelo Direito Civil, o interesse da promessa e, assim, o interesse social na segurança das transações estão assegurados de maneira a cobrir promessas em geral. O requisito tradicional de *causa civilis*, uma razão civil, isto é, legal, para impor um pacto, deu lugar ao ensinamento da Igreja, de que as promessas devem ser cumpridas, e à execução compulsória das promessas como tal, no Direito Canônico, reforçado pela ideias do direito natural, no século XVIII. (POUND, 1965, p. 130).

Maskin (2008), ganhador do prêmio Nobel de Economia, em entrevista, destaca como os mecanismos de incentivos e punições levam as pessoas, empresas e países a crescer e melhorar. Maskin, que em seus estudos considera aspectos psicológicos dos agentes econômicos, destaca que “Não dá para criar regras em um mundo tão complexo quanto o atual sem compreender as reais motivações das pessoas.”

Segundo Maskin (2008), as pessoas sempre pensam em si mesmas antes de levar em conta o bem-estar geral. Segundo ele, não adianta querer mudar isso. A espécie humana é essencialmente egoísta e precisa frequentemente receber estímulos individuais para agir em prol de uma causa que transcenda o próprio raio de interesses. Como tem-se sustentado nesta tese, isso ganha ainda mais importância no âmbito dos contratos empresariais, nos quais a busca pelo lucro e a clara concorrência entre as partes traduzem um interesse individual mais acentuado.

Essa perspectiva de pensamento reafirma o que tem-se sustentado em relação à avidez das partes nos contratos empresariais, o que é natural e esperado, já que todos os polos da relação são movidos exclusivamente pela intenção de lucro. Nesse sentido, espera-se que aqui as partes assumam comportamentos mais egoísticos, tenham mais autonomia na fixação das suas obrigações e, sobretudo, que assumam os riscos derivados do erro de atuação.

Todavia, isso não pode significar a ilimitação de atuação no âmbito dos contratos de colaboração, nem tampouco que se deixe a matéria disciplinada

apenas sob a perspectiva da boa-fé objetiva, conquanto já se observou pairar sobre tal critério dúvidas em relação à sua incidência sobre os contratos empresariais.

Em complemento, como destaca Brandelli (2011), as ciências jurídicas, embora sociais e normativas, tem pouca afeição ao estudo empírico dos efeitos alcançados pelas normas, de modo que muitas vezes tais normas não atingem o efeito buscado. Neste tocante, destaca o autor, a Economia tem importantes ferramentas que permitirão explicar os efeitos de normas vindouras ou já existentes, bem como antecipar as ações das pessoas em reação aos incentivos normativos.

Sobre tais ferramentas (ou fatores econômicos), como já se viu, a racionalidade limitada dos agentes econômicos, a natural incompletude contratual dos contratos de colaboração empresarial e a possibilidade de que em tais relações as partes se comportem de forma oportunística são fatores que, conjugados, levam à conclusão inexorável acerca da possibilidade de incidência de maiores custos de transação.

Bernardes e Florenzano (2008) ilustram que situações envolvendo a discussão e interpretação de cláusulas contratuais, dentre outras controvérsias, representam custos enormes de transação. Ainda segundo eles, custo implica despesa, prejuízo, quebras, falência, que, por sua vez, implica desemprego, crise, recessão, enfim sofrimento para muitas pessoas.

Como já observado, os contratos representam uma das instituições jurídicas e econômicas da nossa sociedade, sendo por meio dele que muitas relações sociais se desenvolvem, o que demanda a existência de um conjunto de outras instituições que lhes concedam sustentação jurídica e incentivos econômicos às partes envolvidas, tutelando seus interesses e diminuindo riscos e incertezas.

Como destacam Bernardes e Florenzano, os contratos não podem ser vistos apenas como uma contraposição de interesses ou combinação de interesses opostos. Segundo os autores:

> [...] nos contratos, em geral, há mais do que uma simples oposição de interesses, como sempre se fez crer. Há uma troca de incentivos, consubstanciada na troca de promessas, que faz com que os contratantes tenham a expectativa de melhorar de situação. Ninguém contrata para ficar como está. As pessoas só contratam porque têm em mente que vão melhorar de situação, vale dizer, que vão ficar em posição superior a que estavam antes de contratar. (BERNARDES; FLORENZANO, 2008, p. 11)

No âmbito dos contratos empresariais, isso faz ainda mais sentido, já que é da sua gênese a consecução de objetivos lucrativos, residindo nesta premissa um dos principais elementos que os distinguem dos demais contratos disciplinados no âmbito do Direito Privado. Por esta razão é que se tem externado nesta tese a defesa ao princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, mas exclusivamente em relação aos contratos de colaboração e nas hipóteses nas quais haja a incidência de comportamentos oportunistas somados à quebra de confiança.

12 ANÁLISE DE JULGADOS ENVOLVENDO A INTERPRETAÇÃO SOBRE OS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

Tem-se sustentado nesta tese que a positivação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente da forma como se encontra disciplinado no Projeto de Novo Código Comercial pode representar um tratamento indevido da matéria no âmbito dos contratos empresariais. No mesmo sentido, a ausência absoluta de tal princípio suscita questionamentos na medida em que sujeita os contratos empresariais aos critérios interpretativos existentes no âmbito dos contratos civis, o que representa uma lacuna principiológica que deve ser superada em prol da segurança nas relações empresariais.

Com a unificação da matéria empresarial e civil em um único Código e a consequente supressão dos princípios outrora existentes no Código Comercial de 25 de junho de 1850, especificamente em relação aos artigos 130 e 131[88], passaram a reger a matéria sobre os contratos empresariais os dispositivos aplicáveis sobre os "Contratos em Geral" constantes no Código Civil. Todavia, essa "aderência" (MENDONÇA, 1945, p. 30-31)[89] a um diploma único, objeto de amplas discussões doutrinárias, as quais não serão minudenciadas nesta tese, trouxeram distorções em relação aos contratos empresariais, sobretudo em relação à autonomia dos

[88] Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa. Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

[89] É certo que no Direito Comercial dominam regras fundamentais que o Direito Civil igualmente adota. Não há, entretanto, conforme já se disse, por êsse fato "orgânica aderência do direito comercial ao sistema de direito civil". Na coordenação legislativa, essas regras são comuns aos dois ramos do direito privado. Elas constituem um complexo orgânico de princípios gerais que modelam muitos institutos jurídicos e sôbre êles atuam, mais ou menos, conforme a sua natureza, os seus fins e o seu escopo. [...] O Professor Alfredo Rocco explica muito bem que autonomia científica não significa isolamento científico. De fato, ela não quer dizer desprendimento da ordem geral. O direito comercial pressupõe a noção das pessoas e seus direitos, da cousa e suas espécies principais, das obrigações e seus preceitos fundamentais relativos à formação, efeito e extinção do risco profissional, etc., do que o direito civil se ocupa.

princípios que os regem.

Nessa medida, tem-se observado ao longo dessa tese que impera sobre os contratos empresariais de colaboração um especial dever de agir das partes que a eles se vinculam, devendo haver, em certa medida, a mitigação de aplicação de certos princípios regentes dos contratos civis em prol da segurança do tráfego jurídico comercial e da confiança que ampara tais relações.

Isso assume especial relevo nos contratos empresariais de colaboração, pois como tem-se observado, sua natural incompletude faz com que seu tratamento deva ser apartado dos demais contratos empresariais, sobretudo em função dos comportamentos oportunistas que podem surgir durante a relação.

Assim, procurou-se desenvolver um raciocínio que conduza à aplicação do princípio da proteção ao contratante dependente a ser aplicado exclusivamente aos contratos de colaboração e somente nas hipóteses em que haja a incidência de comportamentos oportunistas somados à quebra da confiança.

Em complemento, nota-se que o tratamento da matéria no âmbito jurisprudencial, apesar de caminhar no sentido de segregar a interpretação dos contratos empresariais em relação aos contratos regidos pelo Direito Civil, ainda carece de critérios mais claros no sentido de se conceder eventual proteção à parte que esteja sujeita ao comportamento abusivo nos contratos de colaboração empresarial.

Na verdade, observa-se que, na maioria dos julgados apresentados, o Judiciário tem se posicionado sobre os contratos empresariais de colaboração de modo a fazer prevalecer aquilo que ficou pactuado pelas partes, valendo-se de elementos apresentados nesta tese, tais como a autonomia, a racionalidade e o risco das atividades empresariais.

No entanto, também observa-se decisões que interferem de forma abrupta na liberdade que as partes empresárias possuem na fixação das balizas dos seus contratos de colaboração, utilizando o Judiciário premissas que não se coadunam com a disciplina empresarial, tais como a função social em defesa de uma das partes do contrato e a boa-fé aplicada de forma amplíssima.

Nesse sentido, o deseja-se apresentar com os julgados analisados é uma pequena amostra dessa reação pendular dos julgadores, que ora se inclinam pelo *Pacta Sunt Servanda* e ora parecem se guiar mais sob premissas existenciais com a

utilização de critérios voltados para a equalização de forças entre as partes, assumindo-se maior dirigismo contratual.

A par do exposto, procurar-se-á nesse capítulo demonstrar qual tem sido o tratamento concedido em relação aos contratos de colaboração empresarial no que tange à autonomia das partes na fixação dos seus termos e quais elementos têm sido considerados para que tais contratos ou suas cláusulas sejam revistos ou rescindidos.

Sobre a necessidade de tal análise, observa-se em Cooter e Ulen (2010) que os tribunais ajudam a promover a cooperação entre os indivíduos mediante o cumprimento forçado das obrigações assumidas entre eles, a interpretação e a regulação das promessas. Aduzem os autores que os tribunais, ao atuarem como meio coativo no cumprimento das promessas, fazem com que as partes assumam o compromisso de cooperar entre si, e ao fazer cumprir as promessas de forma ótima, os tribunais geram incentivos para a cooperação eficiente, reduzindo os custos de transação.

Além disso, ao interpretar os contratos, os tribunais corrigem eventuais falhas e diminuem as ameaças de comportamentos oportunistas, podendo, inclusive, como já observado, aplicar tutelas de fazer e de não fazer com o objetivo de preservar a força obrigatória dos contratos.

A noção acima explicitada, aplicada *a contrariu sensu,* induz, por outro lado, que se os tribunais não dispõem de critérios claros na interpretação e no preenchimento das lacunas contratuais, as partes se sentirão mais inseguras e até mesmo estimuladas a descumprirem as avenças, valendo-se do fator tempo como aliado no descumprimento do acordado. Isso, por sua vez, pode gerar estímulos à não cooperação entre as partes, já que os percalços que decorrem de uma ação judicial podem ser um fator de estímulo para que um dos polos da relação se sinta confortável com o descumprimento da avença.

Como destaca Ribeiro e Galeski Junior:

> [...] o Judiciário pode se tronar um elemento prejudicial para a segurança das relações contratuais. O suceder de entendimentos, ao invés de eliminar as falhas de mercado, acabam por potencializar o comportamento oportunista das partes, afinal, de um ponto de vista empresarial, nunca há razoável certeza se num contrato empresarial será aplicado regime de desproporcionalidade criado pelo Código de Defesa do Consumidor. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 237).

Nesse sentido, para se apresentar uma amostra de como os tribunais divergem no que tange ao tratamento concedido aos contratos empresariais de colaboração, adotou-se os seguintes critérios[90]:

Tribunais Pesquisados
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR
Superior Tribunal de Justiça - STJ

Limite Temporal
TJSP – 2010 a 2015
TJMG – 2005 – 2015
TJPR – 2005 - 2015
STJ – 2010 – 2015

Metodologia de Busca
No âmbito do STJ, foram analisadas decisões monocráticas e acórdãos. Nos demais tribunais foram analisados acórdãos.
Pesquisa realizada via internet, com consulta direta ao site dos Tribunais.
Não foram analisados casos não relacionados à discussão apresentada nesta tese. Casos com resultados idênticos no âmbito de um mesmo tribunal foram selecionados e apresentados como um único julgado.

Critério de Pesquisa
Contrato de franquia – *pacta sunt servanda*
Contrato de distribuição - *pacta sunt servanda*
Contrato de distribuição – abuso
Contrato de franquia - abuso
Contrato de distribuição – função social
Contrato de Franquia – função social

[90] O critério utilizado nesta é inspirado na brilhante análise realizada pelo Professor Doutor Leonardo Netto Parentoni, na qual, valendo-se de pressupostos da análise empírica aplicável ao Direito, demonstra qual o tratamento envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica ao longo de vários anos e segundo centenas de julgados de Tribunais brasileiros. (Parentoni, 2014).

Apelação nº 0108755-05.2006.8.26.0004 da Comarca de São Paulo, Relator: Teixeira Leite, Data de julgamento: 17.10.2013, Data de Registro: 21.10.2013, 4ª Câmara de Direito Privado, na qual discute-se em contrato de franquia a incidência de vícios capazes de gerar nulidade nas obrigações assumidas pelo franqueado. A apelação encontra-se assim ementada:

> DÍVIDA DE INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE FRANQUIA. Pretensão de anulação deduzida ao argumento de coação. Inadmissibilidade em razão de se cuidar de empresário e advogado, além de existência do débito acumulado por dois anos. Sentença de improcedência mantida. Rejeição do recurso também porque diz respeito ao inadimplemento e acertamento em razão de agravos de instrumento anteriormente julgados por esta mesma turma. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0108755-05.2006.8.26.0004. Relator: Teixeira Leite, 2013).

Neste julgado, observa-se que o Tribunal considerou válidas as declarações exaradas pelos representantes da franqueada que alegava a incidência de vícios incidentes sobre a manifestação da sua vontade. A esse respeito, colhe-se no julgado pontos importantes que reforçam a tese de que no âmbito empresarial as manifestações de vontade obedecem a uma lógica própria e o profissionalismo com que as partes contratantes exercem suas atividades faz com que haja uma maior predisposição ao risco inerente a tais atividades. Merecem destaque sobre isso, os seguintes pontos do julgado:

> Na coação não há para o paciente opção alguma, senão conformar com a extorsão de que é vítima. Por ato de vontade, embora não seja gratuita a contraprestação, há liberdade de escolha, podendo ou não o devedor submeter-se à proposta do credor ou sujeitar-se aos efeitos do inadimplemento sem ter que assinar o termo de confissão de dívida ou qualquer outro instrumento de negócio subsequente. Havendo liberdade de escolha, entre praticar ou não o ato, a decisão que for tomada constitui ato de vontade e, por isso, é de toda compatível com a natureza absoluta da coação. Logo, como ato de vontade ao celebrar confissão de dívida, praticam as partes liberalidade inerente à disponibilidade patrimonial, de modo que, em face da natureza privada dos direitos e obrigações constituídas, somente o adimplemento ou novo pacto poderá por fim ao compromisso primitivo. Impera aqui o princípio *pacta sunt servanda*, dos romanos. [...] 'Não existe nos autos demonstração idônea de que a confissão de dívida foi obtida mediante a prática de coação por parte da requerida, beneficiária do crédito confessado pelos autores. Além disso, salta aos olhos pela combatividade do 1º autor, causídico tenaz e destemido, que não iria assinar o Termo de Confissão de dívida por indução do auditor ou do representante legal da requerida'. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0108755-05.2006.8.26.0004. Relator: Teixeira Leite, 2013).

Apelação nº 9000007-84.2009.8.26.0368, da Comarca de São Paulo, Relator: Dimas Carneiro, Data de julgamento: 15.10.2013, Data de Registro: 23.10.2013, 37ª Câmara de Direito Privado, na qual se discute a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sendo possível colher da decisão importantes elementos em relação à interpretação deste contrato de colaboração. A decisão encontra-se assim ementada:

> FRANQUIA AÇÃO REVISIONAL CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL ADOÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA CONTRATAÇÃO E DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL, PRESENTES NO CÓDIGO CIVIL FRANQUEADORA QUE NÃO CUMPRIU COM TODAS AS SUAS OBRIGAÇÕES NÃO FORNECIMENTO DA CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA, DE DOCUMENTAÇÃO DISCRIMINANDO O VALOR DO INVESTIMENTO E O CAPITAL DE GIRO NECESSÁRIOS AO DESENVOLVIMENTO DA FRANQUIA E NÃO COMPROVAÇÃO DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE ASSESSORIA EXCESSO DE PERCENTUAIS DE ROYALTIES E DE FUNDO PROMOCIONAL EVIDENCIADO REDUÇÃO DOS ROYALTIES A 25% E DA TAXA DE PUBLICIDADE A 5% SOBRE O PREÇO DE CUSTO DOS PRODUTOS VENDIDOS PELA FRANQUEADORA À FRANQUEADA CONDENAÇÃO DA AUTORA POR LIDE TEMERÁRIA PREJUDICADA ÔNUS SUCUMBENCIAIS EXCLUSIVO À RÉ APELO PROVIDO. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0108755-05.2006.8.26.0004. Relator: Dimas Carneiro, 2013).

O acórdão assume expressamente que não é inviável a análise da pactuação à luz de princípios básicos adotados pela Lei Civil geral na preservação da função social do contrato e do equilíbrio contratual, conforme proclamado nos artigos 421, 422, 423, 424, e 427, todos do Código Civil.

Na sequência, demonstra-se que no contrato de franquia em questão as partes fixaram sobre o preço de compra dos produtos vendidos pela franqueadora à franqueada os seguintes percentuais: 21,4% de taxa publicitária (v. cláusula 3.13) e em 34,3% de royalties (v. Cláusula 4.1), com obrigação de a franqueada adquirir da franqueadora cota mínima de produtos (v. cláusula 3.6), comercializando-os por preços controlados pela franqueadora (v. Cláusula 3.7), não podendo a franqueada adquirir produtos senão da franqueadora, ou de quem esta indicar (v. Cláusula 5.1). Isso traduziu, respectivamente, em 11,3% e 7% sobre o preço de varejo, após o repasse desses ônus ao consumidor, considerando-se os preços dos produtos sob controle da franqueadora. Nesse sentido, colhe-se do acórdão, que:

> O franqueador recebe dos franqueados remuneração, em forma de “royalties” e rateia entre estes as despesas de publicidade. Na espécie, além de fixarem-se os “royalties” em 34,3% sobre o preço de custo ao franqueado, fixou-se também percentual incidindo sobre essa mesma base de cálculo, para custeio de publicidade. Ora, entende-se que as despesas de publicidade devem ser rateadas entre os franqueados e o franqueador o qual também se beneficia da propaganda do seu produto para venda no varejo que é, em verdade, a meta optata da franquia, mas, no momento em que se estabelece, não rateio de despesas, mas percentual sobre o preço de custo das mercadorias, não está o franqueador simplesmente dividindo tais despesas, mas lucrando com a propaganda cujo custo, afinal de contas, independe do número de franqueados, entretanto, o custo da publicidade é ressarcido multiplamente ao franqueador para o qual, em verdade a taxa de propaganda significa lucro, remuneração que se soma aos “royalties”. Contudo o art. 3º, VIII, “c”, da Lei n.8.955/94 prevê “taxa de publicidade”, ao invés de rateio de despesas para esse fim, mas então essa taxa, por ser cobrada em multiplicidade, deve ser estabelecida em pequeno percentual, sob pena de desvirtuar a finalidade para a qual está legalmente prevista. A percentagem de 21,4% mostra-se assim exagerada, adequando-se melhor o índice de 5%. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0108755-05.2006.8.26.0004. Relator: Dimas Carneiro, 2013).

Conclui-se no acórdão pela redução dos “royalties” a 25% e a taxa de publicidade a 5%, todos sobre o preço de custo dos produtos vendidos pela franqueadora à franqueada.

Apartir dessa decisão nota-se uma absoluta ingerência judicial na pactuação dos termos contratados pelas partes com a modificação dos percentuais cobrados pela franqueadora e livremente aceitos pela franqueada.

Tal decisão segue a vertente de conceder proteção a uma das partes no contrato empresarial em função de supostos abusos praticados pela outra parte, muito embora os valores em questão tenham sido livremente pactuado pelas partes. Nesse sentido, com base no que se tem sustentado nesta tese, a decisão não se coaduna com a autonomia que as partes têm ao fixarem as balizas que vão reger suas relações.

Por fim, a invocação do princípio da função social para permitir que as condições da contratação sejam revistas não encontra amparo, como temos sustentado, no âmbito dos contratos empresariais, na medida em que em tais relações a função social deve se voltar à proteção do mercado consumidor e não ao interesse de alguma das partes.

Apelação nº 0180417-27.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, Relator: Gilberto dos Santos, data de julgamento: 14/07/2011, Data de Registro: 15/07/2011, 11ª Câmara de Direito Privado. A decisão encontra-se assim ementada:

> Empreendimento do tipo fast food. Ação de revisão de contrato precedida de cautelar. Pretensão de rebaixar o percentual da taxa periódica (royalties) ao argumento de que a contraprestação da franqueadora é deficitária, gerando prejuízos que tornam onerosa a prestação. Inadmissibilidade. Existência de cláusula expressa no sentido de que a taxa periódica não se vincula ao cumprimento de qualquer obrigação ou serviço específico pela franqueadora. Existência, ademais, de evidências no sentido de haver má gestão da franquia nas praças das autoras. Ações cautelar e revisional improcedentes e procedente em parte a reconvenção da ré. Recurso não provido. O desequilíbrio da equação econômico-financeira capaz de justificar pretensão de revisão contratual há de ser ocasionado por fatores externos aos contratantes, porque aquele gerado pela conduta de uma das partes não constitui modificação das bases objetivas do ajuste, mas sim inadimplemento contratual. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0180417-27.2009.8.26.0100. Relator: Gilberto dos Santos, 2011).

Em relação à análise de mérito no recurso, as partes discutem a possibilidade de revisão contratual com base na Teoria de Imprevisão abarcada pelo art. 317 do Código Civil. Argumentaram os franqueados que a franqueadora adotou condutas discriminatórias em relação ao pagamento de royalties, e também procedimentos prejudiciais às atividades das apelantes, alterando radicalmente as condições econômicas dos contratos de franquia.

Dentre os procedimentos prejudiciais, destaca a falta de envio de fermento para confecção das pizzas, o qual é importado, constituindo um dos maiores segredos industriais da marca. Outrossim, relatam os franqueados que após a concessão da liminar em janeiro de 2007, o relacionamento entre as partes piorou, diminuindo as visitas técnicas e o fornecimento de suporte operacional necessário para regularizar as atividades da apelante. Portanto, pela má prestação de serviços da franqueadora, deve ser reduzido o valor dos royalties para patamar mais condizente com a contraprestação oferecida pela ré.

Alegam os franqueados que a Franqueadora não ofereceu mesma assessoria, nem as mesmas condições favoráveis oferecidas a outras franqueadas, proporcionando assim prejuízos nos negócios de sua rede de lojas em Salvador, Recife e Belo Horizonte, de modo que tornou-se excessivamente oneroso o pagamento dos 6% sobre o faturamento, estipulados no contrato a título de “Taxas Periódicas” , donde a necessidade de “revê-lo” para 2%, de modo a restabelecer a real comutatividade entre a prestação e contraprestação percebida desde o início da relação negocial. Aduz o relator que:

> Ao celebrar o presente contrato de franquia com a ré, as autoras entenderam que valeria a pena assumir o pagamento da “taxa inicial” e das “taxas periódicas”. Mesmo que a franqueadora tivesse vinculado o recebimento dos 6% do faturamento das autoras a uma à prestação específica de serviços, não parece que o rebaixamento de tal percentual a um patamar mais “equânime” fosse solução adequada. Ora, baixando o preço dos royalties, aí sim poderiam as autoras "conviver" com a inadequada a prestação de serviços pela franqueadora!? [...] As autoras – Franqueadas - demandam de forma errada, ou seja, para rebaixar o preço de uma equação econômica que acharam justa no início do contrato, mas que por qualquer outra razão não atribuível à demandada, nem a alegados fatos “imprevisíveis”, passaram a entender unilateralmente injusto mais adiante, vulnerando o princípio *pacta sunt servanda* ou da obrigatoriedade dos contratos. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0180417-27.2009.8.26.0100. Relator: Gilberto dos Santos, 2011).

Em complemento, o Relator destaca que, ao que parece, o maior causa do insucesso das autoras – Franqueadas - refere-se a uma possível subavaliação dos riscos envolvidos no contrato por parte delas. Ou, como bem demonstrou a MMa. Juíza a quo: o desequilíbrio da equação econômico-financeira há de ser ocasionado por fatores externos aos contratantes, porque aquele gerado pela conduta de uma das partes não constitui modificação das bases objetivas do ajuste, mas sim inadimplemento contratual.

Nota-se nesta decisão que os ajustes das partes prevaleceu em função da autonomia que elas tiveram na definição dos termos contratuais, ficando assentado que o insucesso das atividades não pode significar a possibilidade de revisão de tais condições na medida em que deflui do risco do negócio. Além disso, como bem se observou na decisão, ainda que houvesse infração contratual por parte da Franqueadora – o que não ficou demonstrado – não caberia modificação do percentual de royalties, mas sim eventual ação com obrigação de fazer.

Apelação nº 1006474-83.2014.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, Relator: Enio Zuliani, data de Julgamento: 11.03.2015, Data de Registro: 19.03.2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, na qual o recorrente requereu do Tribunal a modificação do entendimento exarado pelo juiz de primeira instância. A decisão encontra-se assim ementada:

> Setor odontológico. Embora o contrato de franquia possa ser catalogado como de adesão por ser instrumentalizado com cláusulas impressas, não vulnera a compreensão e o tirocínio do contratante, especialmente um cirurgião dentista. Cláusula cheia de arbitragem que prevalece, sendo inadmissível cogitar de nulidade. Incompetência da Justiça Comum. Extinção sem resolução de mérito, competindo ao recorrente buscar seus direitos junto aos árbitros, porque assim contratou (*pacta sunt servanda*).

> Não provimento. Vistos. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 1006474-83.2014.8.26.0032. Relator: Enio Zuliani, julgado em 11/03/2015).

O recurso apresentado desafiou decisão de primeira instância que não reconheceu a possibilidade de rescisão de contrato de franquia do setor odontológico. O recorrente, dentista, considera que a cláusula “cheia” de arbitragem não possui valor jurídico para derrogar a competência da Justiça comum, em virtude de não ter sido redigida de maneira clara ou de forma a refletir que essa seria a verdadeira ou pura intenção do aderente.

Em sua fundamentação o recorrente explora jurisprudência dos tribunais para sustentar a sua tese e pede, ao final, que o Tribunal modifique o seu entendimento e determine o processamento da ação para apurar seu direito de rescindir o contrato.

Nesta decisão o Tribunal confirmou a decisão de primeira instância, aduzindo que muito embora o contrato de franquia seja considerado um contrato de adesão, isso, por si só, não vulnera a parte aderente, sobretudo em função da capacidade intelectual do recorrente, um cirurgião dentista.

Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586, da Comarca de São Roque, Relator: Henrique Rodriguero Clavísio, data de julgamento: 29-01-2014, Data de Registro: 12-02-2014, 18ª Câmara de Direito Privado.

Neste julgado buscou-se perante o Tribunal o reconhecimento da possibilidade de rescisão de contrato de franquia modificação de competência fixada no contrato de franquia. A decisão encontra-se assim ementada:

> Rescisão de contrato Extinção do vínculo Restituição de bens e obrigação de fazer Franquia Princípio do "pacta sunt servanda". Julgamento antecipado da lide Não violação de direito Natureza do vínculo e questão de fato subjacente Cerceamento de defesa não reconhecido. Apelo não provido. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586. Relator: Henrique Rodriguero Clavísio, 2014).

Na decisão ora analisada o Tribunal considerou que “O fato do contrato ser ou não de adesão, por si só, não o torna inválido. O que pode invalidar o contrato, ou, mais precisamente, certas cláusulas dele, é o abuso da parte mais forte, prevalecendo de sua condição privilegiada para desequilibrá-lo.” (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586. Relator: Henrique Rodriguero Clavísio, 2014).

Observa-se que a decisão segue, de certo modo, a linha do que se tem

sustentado em relação aos contratos de colaboração, na medida em que será o comportamento oportunista lesivo à confiança que poderá ensejar a invalidação de certas cláusulas e não propriamente a mera posição de dependência de alguma das partes.

Também se observa que na decisão o julgador adotou como um dos critérios para o não reconhecimento da vulnerabilidade os dispositivos existentes no Código de Defesa do Consumidor, muito embora, como já se afirmou, tais dispositivos não tenham aplicabilidade no contexto dos contratos empresariais. Nesse sentido, extrai-se da decisão o seguinte:

> Abusivas são as cláusulas que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. É a elas que hoje se referem os arts. 51 e s., do Código de Defesa do Consumidor. São cláusulas que destroem a relação de equivalência entre prestação e contraprestação. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586. Relator: Henrique Rodriguero Clavísio, 2014).

No caso em análise se reconheceu que:

> [...] embora seja inegável o maior poderio econômico-financeiro da autora, não há nada que autorize a conclusão de que houve imposição de cláusulas contratuais que tratam da extinção do negócio jurídico, nada havendo de irregular, pois estas estipulam direitos e deveres idênticos para ambas as partes. Dessa forma, pode-se aplicar tranquilamente o disposto no contrato de franquia para se verificar a viabilidade jurídica da desconstituição pretendida pela autora. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586. Relator: Henrique Rodriguero Clavísio, 2014).

Também é possível colher na decisão outros importantes elementos em relação à distinção existente entre os contratos empresariais e os demais contratos de direito privado. Nessa linha:

> [...] como é válido o contrato celebrado entre duas pessoas capazes e aptas a criar direitos e obrigações, que ajustam um negócio jurídico, tem-se que inexiste abusividade em cláusula contratual de franquia que prevê a extinção do pacto, a notificação ao franqueado da pretensão, sendo prescindível a prova de necessidade imprevista e urgente. **O fato então é que, não permitindo os contratos empresariais serem tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo, prevalentes os princípios da autonomia de vontade e da força obrigatória das avenças, de rigor a observância da livre vontade manifestada pelas partes contratantes, e isso ainda que o Código Civil de 2002 tenha submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais, posto que isso não significa que estes**

> **contratos sejam essencialmente iguais**, de modo que a interpretação pressupõe o comportamento adotado pelas partes ao tempo da formação do ajuste, mantida assim tanto a segurança como a previsibilidade jurídica. No caso, portanto, deve-se privilegiar o princípio do "pacta sunt servanda", até porque não controversa a disciplina dos arts. 421, 422, 474 e 475 do Código Civil, que dispõem sobre os contratos em geral e a boa-fé objetiva das obrigações, ainda mais que bem se sabe também deve informar a solução dos conflitos de interesses surgidos na relação de franquia, a confiança e a cooperação ao tempo da formação do vínculo entre franqueador e franqueado. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586. Relator: Henrique Rodriguero Clavísio, 2014, grifamos).

Por tudo isso, o Tribunal entendeu que não há qualquer fundamento para se rejeitar o pedido da autora de ver extinto o contrato de franquia celebrado entre as partes, e, por conseguinte, obrigar a ré a deixar de utilizar a estrutura fornecida quando da formação do contrato.

Apelação nº 0000677-24.2010.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, Relator: Enio Zuliani, data de julgamento: 13-09-2011, Data de Registro: 28-09-2011, Câmara Reservada de Direito Empresarial. A decisão encontra-se assim ementada:

> Contrato de franquia para revenda de combustível Franqueadora que rescinde o contrato, seguindo o modelo de prévia notificação, por razões que inviabilizaram a continuidade, como aluguel excessivamente oneroso e dificuldades ambientais que impediam a regular atividade Não ocorrência de má-fé ou abuso, acrescentando não ter a franqueada realizado prova (sequer indiciária) dos fatos graves e improváveis que alegou, notadamente a revenda de combustível para postos não credenciados e por preços mais favoráveis Não provimento. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0000677-24.2010.8.26.0602. Relator: Enio Zuliani, 2011).

Neste julgado buscou-se perante o Tribunal o reconhecimento de suposta abusividade praticada pela SHELL Brasil Ltda., que rescindiu o contrato de franquia com o Candeias Sorocaba Auto Posto Ltda.. A Shell em suas razões sustentou que o motivo da rescisão seria a impossibilidade de continuação no negócio em função de aluguel excessivamente oneroso e dificuldades ambientais que impediam a regular atividade.

Segundo o Candeias Sorocaba Auto Posto a Shell teria praticado atos com evidente má-fé, já que teria praticado preços de revenda de combustíveis mais favoráveis a outros estabelecimentos não franqueados (Postos de Bandeira Branca).

O Tribunal em análise do caso ponderou que embora incontroverso que as partes devam guardar, em relações de intensa e forte parceria, como o contrato de franquia, parâmetros de conduta marcados pela boa-fé, cabe a quem alega o

comportamento desleal para obtenção dos objetivos comuns, a prova da má-fé.

A recorrente (Candeias Sorocaba) alega e não aponta os fatos que permitiram crer sobre a plausibilidade de a Shell contrariar a ideologia do credenciamento (rede) com abastecimento para postos sem a bandeira, com combustível entregue em condições e preços favoráveis, quando é sabido que uma simples comparação de preço no varejo é possível provar que o preço na bomba é diferenciado. Extrai-se do julgado o seguinte:

> A Shell denunciou o contrato, como foi facultado pelo compromisso formal (cláusula 15.4 fls. 556) e pela Lei 8955/94 que não veda PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Apelação nº 0000677-24.2010.8.26.0602 - Sorocaba - Voto nº 22390 4 a resilição unilateral. Vale mencionar que não se cogita de indenização pela hipótese do art. 473, parágrafo único, do CC, porque não se aventou a hipótese de a rescisão ter frustrado expectativas legítimas nascidas de pesados investimentos inúteis. Na verdade e provado que a recorrente concordou com o distrato (fl. 596) não há dano indenizável, inclusive de cunho contratual (art. 402, do CC) pois sequer se poderá estabelecer uma base confiável de ocorrência de condutas impróprias ou abusivas da Shell. O fato é que os elementos dos autos indicam a inviabilidade de a Shell prosseguir com o negócio pela falta de perspectiva rentável, não somente pela onerosidade do aluguel (R$ 44.808,00 por mês fls. 699), como pelas dificuldades de serem vencidos obstáculos ambientais que minaram a capacidade de funcionamento do referido posto de combustível (fls. 633/696). A denúncia não foi vazia, mas, sim, motivada e não prejudicou os interesses da recorrente que, pelo visto, nada fez para minorar os pontos de crise do contrato celebrado. A ação deveria ser rejeitada e o Tribunal confirma o veredicto sem risco de ofensa ao art. 422, do CC e art. 187, do CC, por não evidenciada a má-fé e o abuso do direito de rescindir o contrato. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0000677-24.2010.8.26.0602. Relator: Enio Zuliani, 2011).

O julgado em questão também reflete um dos pontos que se tem discutido nesta tese em relação à fixação dos preços praticados pelo franqueadores, o que no caso analisado demonstra que cabia a SHELL a fixação de tais valores, tanto para os postos integrantes de sua rede, quanto aos postos denominados “Bandeira Branca.” Isso significa que havia sobre os preços praticados absoluta incompletude contratual, o que permitia a SHELL o preenchimento de tais lacunas de acordo com seus critérios. No caso em apreço, ficou evidenciado que não houve por parte da SHELL comportamento oportunista e lesão ao dever de confiança. A esse respeito, nota-se que o Tribunal se valeu apenas do parâmetro da boa-fé para reconhecer que não houve abuso por parte da Franqueadora.

Apelação nº 0182861-41.2006.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, Relator:

Carlos Abrão, data de julgamento: 28.08.2013, Data de Registro: 09.09.2013, 14ª Câmara de Direito Privado. A decisão encontra-se assim ementada:

> APELAÇÃO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO LENTES ESFÉRICAS SÃO PAULO, GRANDE SÃO PAULO E BAIXADA SANTISTA BOA-FÉ OBJETIVA EQUILÍBRIO CONTRATUAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO, CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS E TUTELA ANTECIPADA PROVAS DOCUMENTAL, PERICIAL E ORAL JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA RECURSO *ABUSO* DO PODER ECONÔMICO SÚBITA MUDANÇA NA BASE DO SUBSTRATO NEGOCIAL INEQUÍVOCO PREJUÍZO INSERÇÃO DE OUTRA EMPRESA PARA COLOCAÇÃO DO PRODUTO PROVAS ROBUSTAS, QUE HOSPEDAM A RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DA EMPRESA NOVARTIS QUANTIFICAÇÃO DO PREJUÍZO GASTOS INCORRIDOS DURANTE QUASE UMA DÉCADA DA DISTRIBUIÇÃO FEITA PELA AUTORA DESPESAS ABERTAS EM CARTEIRA FATURAMENTO MENSAL, CUJOS DESCONTOS ERAM PROPORCIONAIS ÀS VENDAS RUPTURA PELA NOVARTIS EM OUTUBRO DE 2006, COMUNICANDO DESCONTO DE 5% E REDUZINDO O PRAZO PARA 20 DIAS RELATIVO AO PAGAMENTO INADMISSIBILIDADE PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAS MAIOR CULPA DA NOVARTIS POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0182861-41.2006.8.26.0002. Relator: Carlos Abrão, 2013).

Trata-se de recurso contra decisão de primeira instância que julgou improcedente a ação declaratória de rescisão de contrato de distribuição, cumulada com reparação de danos. No caso em análise, a sociedade Del Lentes se insurgiu contra a rescisão de contrato de distribuição tendo como contraparte a empresa Novartis.

O primeiro ponto a ser considerado na relação entre as partes é que não havia contrato escrito por elas firmado, o que ensejou por parte da Novartis a comunicação unilateral no sentido do encerramento da relação até então existente. No mesmo período a Novartis informou ao mercado que outra empresa – A ARP Lentes – passaria a atuar na região até então explorada pela Del Lentes.

Constatou-se que a relação existente entre as partes perdurou do ano de 1997 até outubro de 2006, totalizando no período o montante de mais de 8 milhões de reais, o que seria um volume considerável de vendas a demonstrar que a Novartis não poderia, *ex abrupto*, rescindir a avença da forma como o fez.

Além disso, constatou-se que a Novartis atuou de forma a prejudicar a Del Lentes, impondo condições comerciais que não poderiam ser cumpridas por esta, tais como a redução de descontos e diminuição do prazo de pagamento das faturas. Nesse contexto, um dos depoentes afirmou que a Novartis praticava uma política de

retaliação em relação a todos os distribuidores, sobretudo quando havia mudança no quadro de “chefia”.

O tribunal em sua fundamentação valeu-se da premissa de que a conduta da Novartis foi lesiva à boa-fé objetiva e que houve abuso de direito, reconhecendo o direito da Del Lentes a receber indenização.

A decisão demonstra situação envolvendo evidente incompletude contratual, majorada no presente caso em função de inexistir contrato escrito entre as partes. Em razão disso, a Novartis supostamente atuou de forma oportunista, já que não havia balizas contratuais claras, colocando um novo distribuidor na região de atuação da Del Lentes, além de modificar as condições negociais outrora existentes.

Nesse sentido, houve quebra da confiança que ampara os contratos de colaboração e que funciona como um guia na condução dos atos praticados pelas partes em tais relações.

Apelação nº 0165440-93.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, Relator: Renato Sartorelli, data de julgamento: 24.03.2014, Data de Registro: 27.03.2014, 26ª Câmara de Direito Privado. A decisão encontra-se assim ementada:

> CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO - RELAÇÃO JURÍDICA QUE SINALIZA A EXISTÊNCIA DE MERA REVENDA DE PRODUTOS HOSPITALARES E FARMACÊUTICOS - CLÁUSULA PREVENDO A RESCISÃO POR INICIATIVA DE QUALQUER DAS PARTES, MEDIANTE PRÉVIO AVISO - LEGALIDADE - *PACTA SUNT SERVANDA* - RECURSO IMPROVIDO. Se livremente negociado e aceito, o contrato faz lei entre as partes e há de prevalecer, sob pena de violação ao princípio do *pacta sunt servanda* que deve nortear as relações contratuais. Entendimento contrário só serviria para provocar instabilidade e insegurança às relações jurídicas e, sobretudo, prestigiar a modificação unilateral do que fora ajustado com manifesta ofensa ao princípio da boa-fé que deve nortear as relações contratuais. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0165440-93.2010.8.26.0100. Relator: Renato Sartorelli, 2014).

A autora – Aminofarma – se insurge contra decisão de primeira instância a qual julgou improcedente seu pleito indenizatório contra a Support Nutrição. No caso em análise as partes mantinham relação comercial desde 1987 consistente da distribuição exclusiva de produtos no Estado do Rio Grande do Sul. Enfatiza a Aminofarma que o contrato passou a vigorar por prazo indeterminado a partir do ano de 2007, sendo rescindido em 2008 sem justa causa em atitude lesiva ao princípio da boa-fé.

O Tribunal em seus fundamentos destacou que:

> Paralelamente o fato de as partes terem estipulado a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, com ou sem justa causa, mediante notificação por escrito com 90 (noventa) dias de antecedência, não significa que essa disposição possa ser acoimada de potestativa, tampouco tornando o contrato abusivo e, ipso facto, passíveis suas cláusulas de nulidade.
> [...]
> Em outras palavras, a autora aderiu voluntariamente à contratação.Tinha pleno conhecimento das condições objetivas e subjacentes do negócio,submetendo-se ao pactuado em suas boas ou más consequências,refugindo à lógica, agora, insurgir-se contra ato que já contou com o seu expresso assentimento. (SÃO PAULO. TJ. Apelação nº 0165440-93.2010.8.26.0100. Relator: Renato Sartorelli, 2014).

O que se observa nesta decisão é que não havia lacunas contratuais a ensejarem eventual atuação oportunista por parte da Empresa Support. Nesse sentido, adotou o Tribunal decisão consentânea com os fundamentos que temos defendido nesta tese, na medida em que as partes assumiram livremente a possibilidade de denúncia do contrato, anuindo com os riscos daí decorrentes, não havendo que se falar em indenização.

Apelação nº 1.0024.04.259061-2/001, da Comarca de Belo Horizonte, Relator: Des. Marcelo Rodrigues, data de julgamento: 20.03.2013, Data de Publicação: 01.04.2013, 11ª Câmara Cível. A decisão encontra-se assim ementada:

> Ação indenizatória - agravo retido - prática de ato durante suspensão do processo - contestação - art. 266 do CPC - abrandamento do rigorismo formal - apelação - perda de fundo de comércio - inocorrência - rescisão motivada - cláusulas contratuais - validade. A proibição do art. 266 do Código de Processo Civil de prática de atos durante o período de suspensão do processo visa obstar surpresa e prejuízo da parte contrária. A apresentação de contestação neste período e que não importa qualquer prejuízo não deve ser reputado ato nulo, mas considerado como se tivesse sido praticado no primeiro dia útil após a suspensão. Abrandamento do rigorismo formal da lei. Por prever o contrato de distribuição que o fundo de comércio dos pontos de venda pertencem à franqueadora, não há ato ilícito pela rescisão contratual a justificar qualquer pretensão indenizatória da franqueada por alegada perda de fundo de comércio que nunca lhe pertenceu. Comprovado que a rescisão é motivada, afasta-se a alegação de abuso de direito. O princípio da força obrigatória dos contratos só deve ceder diante da existência de nulidade absoluta ou de anulabilidade decorrente de vício de consentimento. Ausentes tais hipóteses, deve prevalecer a autonomia da vontade e a função social do contrato. (MINAS GERAIS. TJ. Apelação nº 1.0024.04.259061-2/001. Relator: Marcelo Rodrigues, 2013.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Kamarte Distribuidora Ltda. em face de sentença que, nos autos da ação de indenização movida em desfavor de Danone S/A, julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de advocatícios de R$1.000,00 (mil reais).

Cinge a controvérsia ao direito da apelante de ser indenizada pela perda do fundo de comércio, considerando a alegação de que expandiu a clientela da apelada de onze clientes para quinhentos, consolidando a marca Danone na região metropolitana de Belo Horizonte.

Ocorre que no contrato firmado pelas partes não se tem dúvida de que a apelante sabia que os clientes pertenciam à franqueadora e integravam seu fundo de comércio, pelo que, não pode alegar usurpação de tal fundo como se fosse seu. Então, não se pode falar em prejuízo por perda de fundo de comércio que pertencia à própria franqueadora.

Há, pois, de prevalecer princípio da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda), quanto a esta peculiaridade, a qual só deve ceder ante a existência de nulidade absoluta ou de anulabilidade decorrente de vício de consentimento, o que não se verifica no caso. Principalmente se considerado que o contrato vigeu durante longos anos sem que qualquer das partes questionasse a abusividade ou nulidade de suas cláusulas.

Na verdade, em relação a este fundamento da decisão, observa-se que não são apenas as causas de anulabilidade ou de nulidades decorrentes de vícios de consentimento que podem gerar a possibilidade de revisão ou resolução do contrato. Na verdade, especificamente em relação aos contratos de colaboração, a quebra da confiança somada a comportamentos oportunistas poderá gerar tais efeitos.

Também se observa na decisão que os administradores da distribuidora/franqueada, possuem capacidade intelectual, bem como capacidade negocial, em decorrência do exercício da atividade empresarial. Portanto, não seria crível que, ao contratar, não conhecessem e não compreendessem o conteúdo das cláusulas contratuais, cuja redação, inclusive, não oferece qualquer dificuldade de compreensão. O Tribunal ainda asseverou que:

> Como dito, a rescisão era previsível e motivada, não estando a apelada obrigada a dar continuidade ao pacto, ainda mais para que a apelante possa se manter no mercado. Ademais, a apelante assumiu o risco de colocar o êxito e continuidade da sua atividade dependente exclusivamente da distribuição dos produtos da apelada, mesmo porque, no contrato não havia cláusula que a obrigasse a tanto, ou seja, não havia cláusula de exclusividade. Por isso, não pode atribuir à apelada o seu insucesso e iminente derrocada. MINAS GERAIS. TJ. Apelação nº 1.0024.04.259061-2/001. Relator: Marcelo Rodrigues, 2013).

Assim, extrai-se da decisão em comento que a noção dos riscos da atividade empresarial, somada à clareza das cláusulas contratuais e da ausência de comportamentos oportunistas e lesão à confiança, implicam na impossibilidade de reconhecimento de indenização em relação ao suposto fundo de comércio da recorrente.

Apelação nº 1.0024.06.098498-6/001, da Comarca de Belo Horizonte, Relator: Des. Márcia de Paoli Balbino, data de julgamento: 17.05.2012, Data de Publicação: 25.05.2012, 17ª Câmara Cível. A decisão encontra-se assim ementada[91]:

> EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA C/C REPARAÇÃO DE DANOS - CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E OUTRAS AVENÇAS - PRÁTICA DE PREÇOS DIFERENCIADOS PELO FORNECEDOR - ABUSO DO PODER ECONÔMICO E OBSTÁCULO A LIVRE CONCORRÊNCIA - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE COMBUSTÍVEIS DE INDENIZAR - NÃO VERIFICAÇÃO - MULTA COMINATÓRIA POR DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO - INEXIGIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0024.06.098498-6/001. Relatora: Márcia de Paoli Balbino, 2012).

Trata-se de recurso de apelação interposto com o objetivo de reformar a decisão de primeira instância que não reconheceu o direito do Auto Posto Boa Vista Ltda. em ser indenizado pela Shell Brasil Ltda. A discussão em tela diz respeito à suposta prática de preços excessivos pela Shell o que, segundo o Auto Posto Boa Vista, contrariaria dispositivos do contrato firmado entre as partes.

---

[91] No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais possui os seguintes precedentes: 1) EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - POSTOS DE GASOLINA - DISTRIBUIDORA E REVENDEDORA - PRÁTICA DE PREÇOS DIFERENCIADOS - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA - AI 1.0024.08.179.865-4/001, 12ª CCível/TJMG, rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 08.07.2009, DJ. 20.07.2009 – 2) CONTRATO DE COMISSÃO MERCANTIL. DERIVADOS DO PETRÓLEO. EXCLUSIVIDADE E OUTRAS INSTRUÇÕES IMPOSTAS PELA COMITENTE. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELO COMISSÁRIO. DIFERENÇA DE PREÇOS RELACIONADOS A CONTRATOS CELEBRADOS EM CONTEXTO DIVERSOS. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DO PODER ECONÔMICO - AC 1.0024.03.925553-4/001, 11ª CCível/TJMG, rel. Desª Selma Marques, j. 01.04.2009, DJ. 08.05.2009; 3) AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATOS - DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEL E OUTROS - PREÇOS - FIXAÇÃO UNILATERAL E DISCRIMINAÇÃO ENTRE REVENDEDORES - HIPÓTESES NÃO CONFIGURADAS - LOJA DE CONVENIÊNCIA - VENDA CASADA NÃO OCORRÊNCIA, AC 1.0024.01.082281-5/001, 18ª CCível/TJMG, rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 06.03.2007, DJ. 15.03.2007; 4) AÇÃO ORDINÁRIA - DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS - REVENDEDORES - PREÇOS NÃO-UNIFORMES - VARIAÇÃO LÍCITA - DISCRIMINAÇÃO DE VAREJISTA NÃO CONFIGURADA - INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA - NÃO COMPROVAÇÃO. (MINAS GERAIS. TJ. Apelação nº 1.0027.01.013.067-5/001. Relator: Eduardo Mariné da Cunha, 2007).

Em síntese, o Auto Posto Boa Vista busca demonstrar o abuso da SHELL na prática de preços excessivos e discriminatórios com relação a ela e para declarar o inadimplemento contratual da SHELL por não ter fixado seus preços na forma estabelecida no contrato. Nesse sentido, segundo o Auto Posto Boa Vista a SHELL passou a praticar com relação a ela preços muito acima dos praticados para outros revendedores Shell situados na mesma micro-região. O Auto Posto Boa Vista, então, pretende receber multa compensatória pelo descumprimento do contrato, perdas e danos e restituição de alegado sobrepreço que pagou.

Em seu voto, a desembargadora relatora, destaca que:

> Se o preço praticado com outras revendedoras é diferenciado é porque os elementos de revenda destas também são diversos daqueles elementos de revenda da apelante, sendo certo que não há ilícito em cobrar preço menor daquele que compra maior volume de produto ou que, por características próprias outras, ofereçam maior retorno para a fornecedora de combustível. Ressalte-se, portanto, que não há qualquer ilegalidade na prática comercial adotada pela ré, no sentido de distinguir os postos de sua própria rede, situados em regiões próximas, mas com perfil distintos, com preço e valor menor que os valores cobrados da autora, não sendo tal fato hábil a demonstrar qualquer ilicitude a caracterizar o alegado abuso do poder econômico, ofensa à livre concorrência ou descumprimento contratual. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0024.06.098498-6/001. Relatora: Márcia de Paoli Balbino, 2012).

Nesse sentido, ficou evidenciado que a fixação de forma unilateral no âmbito dos contratos de colaboração é uma prática comum e necessária, já que, como dito, não há como na formação da relação a fixação de tais valores. Além disso, colhe-se na decisão que são vários os fatores que fazem com que o fornecedor fixe o preço de venda dos seus produtos, não sendo ilegal a diferenciação de valores entre os distribuidores, sobretudo quando tal diferença parte de critérios de desempenho de um em relação aos demais e quanto ao volume de produtos comercializados.

Apelação nº 778228-5, da Comarca de Cascavel, Relator: Victor Martim Batschke, data de julgamento: 29.11.2011, Data da Publicação: 12.12.2011, 7ª Câmara Cível. A decisão encontra-se assim ementada:

> DECISÃO: ACORDAM os Senhores Julgadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em CONHECER DO RECURSO E DAR PROVIMENTO APELAÇÃO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL CONTRATO DE FRANQUIA ABUSO DO PODER ECONÔMICO DEMONSTRAÇÃO DE VUNERABILIDADE DA FRANQUEADA ATENDIMENTO AO INCISO IX DO ART. 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SUPRIMENTO DE LACUNA LEGISLATIVA DE PROTEÇÃO DO MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO - APLICAÇÃO

> ANÁLOGA DO CDC PARA DEMONSTRAR A PRÁTICA ABUSIVA ABUSO CONFIGURADOR DE INADIMPLENCIA - SENTENÇA REFORMADA RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (PARANÁ. TJ. Apelação nº 778228-5. Relator: Victor Martim Batschke, 2011).

Trata-se de apelação cível interposta pela ré-Apelante na Ação de Rescisão de Contrato, c.c. devolução de equipamentos, cobrança de royalties objetivando a integral reforma da sentença que julgou procedente a demanda. A apelante é uma revendedora de combustíveis franqueada da Companhia Ipiranga, a qual possui Hélio João Laurindo e Jefferson Jhony Laurindo como únicos sócios, sendo o primeiro sócio gerente da sociedade limitada. Sustenta a apelante que a sentença necessita ser cassada por ter condenado com base em falta de provas, sem ter determinado audiência de instrução e julgamento para a realização de provas orais, nas quais pretendida ratificar as declarações no sentido de que a Apelada parou de fornecer produtos para a loja da Apelante e que isso levou ao fechamento do Posto e da franquia, deixando de pagar os royalties e taxas de publicidade, por inadimplemento culposo da Apelada.

Verifica-se que a Apelante é empresa familiar estabelecida na Cidade e Comarca de Cascavel desde 1996, como Posto de Gasolina da bandeira Ipiranga e que esta, em agosto de 1999 determinou a reformulação da marca franqueada operando reforma compulsória do posto, com a extinção da pastelaria criada pelos sócios da Apelante e sua substituição pela Loja de Conveniências AM/PM do Grupo Ipiranga fundamentando a mudança na padronização.

Na contestação a Apelante informou que foi coagida a assinar o Contrato de Franquia Empresarial para instalação da loja AM/PM Express e a Unidade LUB Service bem como, acrescentou que a reforma imposta fechou uma das entradas de seu comércio. Aduziu a cobrança indevida de taxa de publicidade, juros de mora extorsivos além de inexistência do dever no pagamento de Royalties por inadimplemento na entrega de produtos pela Apelada, juntou cópia do livro ata da reunião com os representantes da apelante, as quais foram assinadas por todos os participantes, além de cópia da Cautelar Inominada nº 435/2001 em que obteve tutela antecipada para adquirir combustível de outras bandeiras diante da recusa no fornecimento pelo Grupo da recorrida que restringiu o pedido a um mínimo de 5.000,00 (cinco mil) litros.

Em linhas gerais o Tribunal deu provimento ao recurso do posto de combustíveis, entendendo, sustentando que:

> Visando cumprir a norma Constitucional da República Federativa do inciso IX, do artigo 170, é que passo a aplicar ao caso em tela o disposto no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor para: refutar as práticas abusivas de venda-casada (inciso I) quando da manutenção do contrato de locação do posto com a necessidade da abertura da loja de conveniência; recusa no atendimento da demanda de combustível na medida da necessidade da Apelada (inciso II); prevalecer-se da fraqueza prevalecendo-se da condição social, para impingir-lhe seus produtos e serviços (inciso IV); exigir vantagem manifestamente excessiva ao obrigar a substituição da pastelaria de propriedade da apelada para a torná-la franquia de uma rede elitizada inadequada ao público que dela se utiliza, obrigando a subordinação e dependência não só do pagamento de Royalties como a compra compulsória de produtos com exclusivos lucros excessivos da apelada (inciso V). (PARANÁ. TJ. Apelação nº 778228-5. Relator: Victor Martim Batschke, 2011).

O primeiro ponto com o qual se discorda é em relação à utilização do Código de Defesa do Consumidor para amparar o pleito do posto de combustíveis. A esse respeito, muito embora já se tenha observado que o Superior Tribunal de Justiça entende a possibilidade de aplicação da teoria finalista mitigada, não parece que um posto de combustíveis se enquadre como um consumidor vulnerável e que não tenha conhecimentos ou condições de discutir as cláusulas do contrato de franquia ou distribuição.

Sobre tais contratos, também é evidente que a relação entre franqueador e franqueado exige certa fidelidade e a adesão a certos padrões de marca, imagem e produtos, o que faz com que seja razoável imaginar a incompatibilidade entre uma pastelaria e toda a identidade visual desenvolvida pela franqueadora.

Além disso, se observa nesta tese, não parece ter havido no presente caso a adoção de comportamentos oportunistas por parte da franqueadora. Na verdade, o que houve foi simplesmente a exigência de certos requisitos que defluem naturalmente do contrato de franquia e que não poderiam jamais conduzir à conclusão pela abusividade.

Apelação Cível nº 963.420-0, do Foro Regional de Colombo da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, 6ª Câmara Cível, Relator: Espedito Reis do Amaral, data de julgamento: 15.07.2014, Data de Publicação: 21.08.2014. A decisão encontra-se assim ementada:

> DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO RECURSO DE APELAÇÃO, nos termos da fundamentação. EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS DA MARCA "GAROTO". IMPOSSIBILIDADE DE CONTINUAÇÃO DO NEGÓCIO IMPUTADA À ATITUDE EXCLUSIVA DA RÉ. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA APELANTE: SANEADOR.ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO. TESE AFASTADA. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA QUE, INDEPENDENTEMENTE DE RECEBIMENTO, ACARRETA A SUSPENSÃO DO PROCESSO. REINÍCIO DO PRAZO REMANESCENTE PARA CONTESTAR, COM INTIMAÇÃO DO RÉU ACERCA DO RECEBIMENTO DOS AUTOS NO JUÍZO DECLARADO COMPETENTE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À COISA JULGADA MATERIAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO PROFERIDA EM EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA QUE NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL ANTE A NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONTRATO EM DISCUSSÃO. TESE REPELIDA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO (ART. 29 DO CDC). PESSOA JURÍDICA INTERMEDIÁRIA. DESCABIMENTO.NÃO DEMONSTRAÇÃO DA VULNERABILIDADE TÉCNICA, JURÍDICA OU ECONÔMICA FRENTE À OUTRA PARTE.APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEGISLAÇÃO ATINENTE ÀS REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS (LEI 6.729/96 E 4.886/85).TESE RECHAÇADA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO TÍPICO.INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PESSOAS JURÍDICAS DESPROVIDAS DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU INOCÊNCIA COMERCIAL. EMPRESAS DE GRANDE PORTE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. PROIBIÇÃO DE VENDA DE PRODUTOS CONCORRENTES AOS COMERCIALIZADOS PELA APELADA.EXCLUSIVIDADE RELATIVA. NÃO VEDAÇÃO À COMERCIALIZAÇÃO DE OUTROS PRODUTOS. INVASÃO DA ÁREA DE ATUAÇÃO DA DISTRIBUIDORA PELA FABRICANTE.INOCORRÊNCIA. ATUAÇÃO DIRETA DA FABRICANTE NA ÁREA DA DISTRIBUIDORA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE TRIBUNAL DE JUSTIÇAApelação Cível nº 963.420-0CLÁUSULA CONTRATUAL ESPECÍFICA NESSE SENTIDO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO E VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI ANTITRUSTE. INOCORRÊNCIA.CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EXCLUSIVAMENTE PARA DAR CUMPRIMENTO AO CONTRATO NÃO COMPROVADA.NECESSIDADE DE ESTRUTURAÇÃO INERENTE À ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELA APELANTE. ASSUNÇÃO DE RISCOS COMUNS AO COMÉRCIO QUE DEVEM SER SUPORTADOS PELO DISTRIBUIDOR. INADIMPLEMENTO DA APELANTE. RESCISÃO UNILATERAL AMPARADA EM CLÁUSULA CONTRATUAL. O PLEITO INDENIZATÓRIO FUNDADO NA QUEBRA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE, REDUÇÃO DA ZONA DE ATUAÇÃO, EXIGÊNCIA DE CONDIÇÕES DIFERENCIADAS E RESCISÃO SEM CAUSA DO CONTRATO. NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ART. 333, INCISO I, DO CPC.RECURSO NÃO PROVIDO. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 963.420-0. Relator: Espedito Reis do Amaral, julgado em 15/07/2014).

Trata-se de recurso de apelação voltado a impugnar a sentença proferida na Ação de Indenização movida por SCHUINDT DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS

ALIMENTÍCIOS LTDA. contra CHOCOLATES GAROTO S/A, que julgou improcedente o pedido inicial, porque não comprovados os fatos constitutivos do alegado direito.

O primeiro ponto que se extrai da decisão é em relação à existência de relação de consumo entre as partes. Sobre isso, o Tribunal deixou consignado em sua decisão que:

> No caso em concreto, porém, mesmo diante dessa teoria, verifica-se que a autora, ora apelante, não se encontra em situação de vulnerabilidade (técnica e jurídica) frente à apelada, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que "explora o ramo de comércio varejista e atacadista de produtos alimentícios" (fl. 34), mantendo relação negocial com a apelada há longo período. Assim, a relação jurídica existente entre as partes litigantes não está sujeita à incidência das regras consumeristas, e, por consequência, não há que se falar em inversão do ônus da prova em favor da apelante. Logo, a sentença não comporta reparos nesse ponto. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 963.420-0. Relator: Espedito Reis do Amaral, julgado em 15/07/2014).

Sobre os aspectos envolvendo o contrato de distribuição, a autora pretendeu a declaração de nulidade de cláusulas contratuais apontadas como sendo abusivas, e o pagamento de indenização pelos prejuízos lhe causados pela ré, ao argumento de: a) quebra da cláusula de exclusividade; b) redução da zona de atuação; c) exigência de condições diferenciadas (pagamentos com prazos inferiores e à vista); e d) rescisão.

O primeiro ponto observado pelo relator em seu voto foi em relação à força obrigatória dos contratos no meio empresarial. Sobre isso, aduziu-se que:

> Inicialmente, de se considerar válidos os pactos firmados entre as partes, pois, como se vê dos autos, as duas empresas envolvidas na relação comercial de distribuição judicializada são de grande porte, tendo autonomia para pactuar, aceitar ou não aceitar termos, direitos e deveres, no momento da celebração do contrato. Vigora, portanto, o princípio Pacta Sunt Servanda. Ainda que se trate de contrato de adesão, não se mostra necessária a intervenção do Poder Judiciário, pois inexiste desequilíbrio contratual ou ofensa ao princípio da função social do contrato (art. 421 do CC/2002). Primeiro, porque a autora aderiu livremente ao contrato, sem impugnar as disposições nele inseridas. Segundo, porque as empresas contratantes são pessoas jurídicas afeiçoadas a esse tipo de contratação, sem qualquer traço de hipossuficiência ou inocência comercial. Com efeito, inexistindo vício de consentimento, nem ofensa aos bons costumes ou à lei, o contrato obriga as partes contratantes, com força de lei, em todas as suas estipulações. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 963.420-0. Relator: Espedito Reis do Amaral, julgado em 15/07/2014).

Em relação à cláusula de exclusividade no contrato de distribuição, entendeu-se que:

> Referida exclusividade diz respeito apenas aos produtos que seriam concorrentes diretos àqueles comercializados pela apelada, sob a marca "Garoto", não se restringindo a atuação comercial da Apelante apenas à revenda de produtos da Apelada. Portanto, conclui-se que a exclusividade era relativa, uma vez que a proibição de venda se resumia aos produtos concorrentes aos comercializados pela apelada, inexistindo vedação à comercialização de outros produtos, sendo opção da própria Apelante atuar comercialmente somente com produtos da apelada. [...] Como se vê, a cláusula de exclusividade de distribuição é uma obrigação de não fazer, assumida contratualmente pelo Distribuidor, no interesse do Produtor.
> Assim, ao contrário do alegado pela Apelante, eventual descumprimento da cláusula contratual que obrigava a empresa ré (Produtora) a respeitar a zona de atuação da Distribuidora, por si só, não implica em ofensa à cláusula de exclusividade. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 963.420-0. Relator: Espedito Reis do Amaral, julgado em 15/07/2014).

Também delimitou a decisão alguns aspectos interessantes no tocante à análise empreendida nesta tese, quais sejam:

> Ora, nas relações de direito comercial vigora o princípio da autonomia de vontade, de sorte que nenhum empresário é obrigado, por qualquer norma jurídica em vigor no Brasil, a contratar a distribuição de suas mercadorias ou a prestação de seus serviços com outro empresário intermediário do fornecimento.
> Assim, o fato de o contrato estabelecer a possibilidade de a Fabricante promover a venda de seus produtos diretamente aos clientes da autora, por si só, não implica em eliminação de concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros. Nesses termos, sendo lícito o contrato entabulado entre a apelada e a empresa apelante, especialmente no que respeita à possibilidade de atuação direta da fornecedora, não há que se falar em violação da Constituição Federal e da Lei Antitruste, prevalecendo o princípio da autonomia da vontade. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 963.420-0. Relator: Espedito Reis do Amaral, julgado em 15/07/2014).

Outra análise que pode ser extraída do julgado em comento diz respeito à possibilidade de a fornecedora (Garoto) poder alterar as condições de pagamento para o distribuidor. Sobre este ponto, decidiu-se que:

> Ademais, inexiste norma legal ou contratual que obrigue a Apelada a contratar com a Apelante, pelas mesmas condições praticadas com terceiros. Ainda que a prova pericial tenha comprovado a alegação de modificação na forma de pagamento, com exigência de pagamentos à vista, mesmo assim, a pretensão indenizatória da autora não era de ser acolhida, porque a ré estava autorizada pelo contrato a reduzir o prazo de pagamento (anexo 1- fl. 60). Além disso, na cláusula terceira (das estipulações econômicas - fl. 53) restou pactuada a concessão de descontos especiais para o caso de pagamento do preço dos produtos na modalidade à vista.

> (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 963.420-0. Relator: Espedito Reis do Amaral, julgado em 15/07/2014).

O que fica evidente neste julgado é o respeito ao que foi pactuado entre as partes, ou seja, o reconhecimento de que o contrato de distribuição de produtos comporta vicissitudes e que, mesmo sendo um contrato de adesão, as partes devem respeitar aquilo que foi por elas ajustado.

Apelação Cível nº 395835-6, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, 8ª Câmara Cível, Relator: Arno Gustavo Knoerr, data de julgamento: 22.10.2009, Data de Publicação: 14.12.2009. A decisão encontra-se assim ementada:

> INDENIZATÓRIA A TÍTULO MATERIAL (DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES), ADUZINDO DANOS MORAIS, INGRESSADA POR APELANTE, IMPROCEDIDA 'A QUO'. APELO. MANEJO TEMPESTIVO, PORTANTO, CONHECIDO (UNÂNIME). MÉRITO. AFASTO À EVOCAÇÃO CONTRÁRIA AO ART. 195, CPC. CONTRATO DE INICIAL PRAZO ÂNUO E SUCESSIVAMENTE PRORROGÁVEL, DE REVENDA-DISTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DE PRODUTOS DA APELADA EM REGIÃO DEMARCADA SUCESSIVAMENTE EXPANDIDA A CONVITE DA APELADA, DIANTE LONGO INTERREGNO DE COMERCIAL RELAÇÃO, MANTENDO-SE A APELANTE DENTRE OS PADRÕES DO MANUAL DE PADRONIZAÇÃO EXPRESSO POR APELADO, INCLUSIVE CONSERVAÇÃO DE ESTOQUE MÍNIMO. DECORRENTE PROMOÇÃO DE INVESTIMENTOS EM PUBLICIDADE, TRANSPORTES E EQUIPAMENTOS. FINAL PROPOSTA DA APELADA PARA UNIÃO COM OUTRA DISTRIBUIDORA PARA ENGLOBADO ATENDIMENTO À REGIÃO OUTRA, JÁ PRECEDENTEMENTE MONITORADA POR APELANTE. IMOTIVADA, DOIS ANOS APÓS RESCISÃO AO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO, GRAVES DECORRÊNCIAS AOS APLICADOS INTERESSES DA CONCESSIONÁRIA QUANTO AOS COMPELIDOS VULTOSOS INVESTIMENTOS, PRAZO EXÍGUO AO RETORNO DESTES. BENEFÍCIOS NO INTERREGNO POR APELADA COM VALORIZAÇÃO DA MARCA E CRESCIMENTO NO MERCADO REGIONAL, CONTIDA A APELANTE AUFERIR MARGEM DE LUCRO, CONTEXTO HÁBIL GERAR SEDE INDENIZATÓRIA, COM RELATIVIZAÇÃO AO 'PACTA SUNT SERVANDA' PRESTIGIADO À SENTENÇA, FRENTE DESVIRTUAMENTO CONTRATUAL QUANTO À CLÁUSULA 13ª. CONTRATO MISTO ATÍPICO E INOMINADO POR ADESÃO, NÃO INSERTO À LEI 4.886/05 E À Nº 6.729/79. DOUTRINA. ATUAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO. EXCERTOS DOUTRINÁRIOS. HIPÓTESES PARA RESCISÃO IPSO FACTO E PRÉVIA NOTIFICAÇÃO TERMINATIVA NÃO VERIFICADA (CLÁUSULAS 13ª E 14ª, 'B' - 'C', ART. 473, CCB). APOIO JURISPRUDENCIAL. TESE CONTRÁRIA PARA EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO NÃO CONFORTADA. APELO PROVIDO PARA ACOLHER PARCIALMENTE A DEMANDA. DANOS MORAIS NÃO VERIFICADOS POR EXPRESSA EXCLUSÃO DA APELANTE. VESTIBULAR PARECER PERICIAL CONTÁBIL IMPUGNADO DESDE CONTESTAÇÃO, NÃO CONFORTADO POR AUSENTE NECESSÁRIA FASE PERICIAL. LUCROS CESSANTES. PROJEÇÕES ALEATÓRIAS VINCULADAS À CESSAÇÃO DO CONTRATO, ACRESCENDO-SE FINAL VINCULAÇÃO DA APELANTE COM OUTRA DISTRIBUIDORA. ABRIGO AOS DANOS EMERGENTES,

> ELENCADOS AOS ITENS 'A', 'D', 'E', FLS. 331/2, REMETIDOS À LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO (ARTS. 475-C, I-II E SEGUINTES, CPC). RECÍPROCA SUCUMBÊNCIA PRONUNCIADA. APELO CONHECIDO (UNÂNIME) E PARCIALMENTE ACOLHIDO (MAIORIA). (PARANÁ. TJ. Apelação nº 395835-6. Relator: Arno Gustavo Knoerr, 2009).

No presente caso a apelante é a sociedade Comércio de Bebidas Tonello Ltda. e a Apelada é a COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS (incorporada pela Antarctica S.A.). A apelante se insurgiu contra a sentença em ação em que pleiteava indenização a título material (danos emergentes e lucros cessantes) e moral. A apelante aduziu que foi constituída em 1970 para atuar no ramo "atacadista e varejista de bebidas, refrigerantes e águas minerais" e tornou-se uma das primeiras distribuidoras dos produtos Antarctica no Estado.

Que no exercício da sua atividade promoveu investimentos em publicidade e estruturação (caminhões, câmaras frias, vasilhames, caixas térmicas, barracas, equipamentos pessoal e capital de giro, com inteiro agrado da apelada, adequando-se ao manual de padronização desta.

Que a apelada rescindiu de forma imotivada o Contrato de Distribuição, descartando-a e que dita rescisão, unilateral e imotivada, traduz obrigação de indenizar, prejudicando "interesses da concessionária e com consequências graves". A apelante ainda aduziu que a sentença de primeira instância privilegiou ao 'pacta sunt servanda', quando este cumpria ser relativizado para, atender à sua função social.

Em relação à decisão de primeira instância observa-se que esta foi guiada pelos seguintes critérios:

> [...] não configura abusividade a cláusula 13ª prevendo extinção do contrato, na forma acordada entre partes, inclusive pela própria revenda através notificação, inexistindo expressa vedação legal à denúncia imotivada, tratando-se de contrato por adesão (liberdade de contratar ou não, diversificada ao de adesão enquanto "a relação entre o fabricante e o distribuidor, em momento algum pode ser entendida como exercício de monopólio pelo fabricante; aliás, nem é preciso demonstrar que a Antarctica, embora reconhecida como marca de inegável prestígio no País, não detém monopólio de cervejas e refrigerantes, daí não se pode falar em vícios de consentimento dos contratantes", daí consubstanciando o fim do vínculo exercício regular do direito.
>
> Que assim, não enseja qualquer "tipo de obrigação além da data prevista para encerramento do contrato", ao risco afrontar autonomia de vontade das partes, ciente no caso a apelada (cláusula 16) dos riscos da avença enquanto inaplicável à espécie a Lei Ferrari (nº 6.729/79) sequer por analogia, porque regramento específico à comercialização e distribuição de

> veículos. (PARANÁ. TJ. Apelação nº 395835-6. Relator: Arno Gustavo Knoerr, 2009).

Em janeiro de 1996, novo contrato foi celebrado entre as partes para vigorar pelo prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo período - e assim sucessivamente, facultando-se a ambas as partes a sua denúncia, com a antecedência mínima estabelecida consensualmente. Em 1998 foi firmado outro contrato, que durou apenas dois anos e sobre o qual pesa a apelação em análise.

Em seu voto, o Relator aduziu que:

> Entretanto, mesmo privilegiando o contrato a ordem econômica (art. 170, C.F.), consagrando direito pessoal a iniciativa particular inserindo também quanto à cessação contratual por rescisão imotivada, lícita atuação do art. 115, CCB; 122, 1ª parte do atual, ocorre perfeitamente, caso em mesa, que "a rescisão unilateral desmotivada pode, perfeitamente, ser revista sob as luzes da teoria do abuso de direito, atribuindo à vítima do ato abusivo um direito à indenização. No caso de rescisão do contrato de concessão de venda com exclusividade, dadas as peculiaridades técnicas, podem ocorrer sérias conseqüências de sua ruptura desmotivada, que o direito não pode e não deve desconhecer" (O Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade - Concessão Comercial, in Aspectos Modernos de Direito Comercial - Estudos e Pareceres, São Paulo, Saraiva, p. 140), desde que exista repressão legal ao abuso do poder econômico. (PARANÁ. TJ. Apelação nº 395835-6. Relator: Arno Gustavo Knoerr, 2009).

Nota-se que amparou seu voto a tese de que houve no presente caso abuso de direito por parte da fornecedora, o que não encontra fundamento algum, conquanto não se colhe na análise do presente caso elementos que tenham demonstrado ter agido a fornecedora de forma oportunista e lesiva à confiança que se espera em tais relações.

O que houve, na verdade, foi que o distribuidor esperava que seu contrato continuasse vigorando por vários anos, como até então ocorrera, mas isso, vale dizer, não havia sido pactuado entre as partes, sendo certo que a vigência do contrato era certa e permitia que houvesse rescisão unilateral e imotivada, como ocorreu.

Por fim, observa-se que o voto do Relator foi guiado sob a premissa de que nos contratos de distribuição a rescisão imotivada, ainda que prevista contratualmente, deve considerar os investimentos feitos pelo distribuidor. Do contrário, segundo ele, ficaria evidenciado o abuso e lesão ao princípio da boa-fé.

Como se tem observado nesta tese, ainda que os contratos de colaboração sejam muitas das vezes considerados contratos de adesão, as partes têm, ou

deveriam ter, exata noção dos riscos inerentes ao negócio. No presente caso, não se concorda com a indenização concedida ao apelante que, como visto, era conhecedor da limitação temporal do seu contrato. Nesse sentido, se mesmo assim ele decidiu realizar o investimento foi em razão da possibilidade de ganhos, assumindo, por óbvio, o risco de não obtê-los.

Assim, não observamos conduta por parte da fornecedora que pudesse ser enquadrada como oportunista ou lesiva à confiança, conquanto os atos por ela praticados estavam na esfera disciplinada pelo contrato firmado entre as partes.

Apelação Cível nº 173579-5, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, 9ª Câmara Cível, Relator: Miguel Pessoa, data de julgamento: 7.11.2005, Data de Publicação: 25.11.2005. A decisão encontra-se assim ementada:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE REVENDA E DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS - ATÍPICO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANÁLOGA DA LEI Nº 6729/79. LEI ANTITRUSTE INAPLICÁVEL - CONTRATO ANTERIOR A SUA PROMULGAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL LÍCITA - PREVISÃO CONTRATUAL BEM OBSERVADA. CLÁUSULA LEGAL. ABUSIVIDADE DESCARTADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1- O contrato de distribuição é espécie do contrato de concessão mercantil ou, mais precisamente, uma concessão comercial 'lato sensu'. Considerado, na doutrina, como contrato atípico e complexo, por escapar da natureza contratual típica, visto a ausência de regulamentação legal. Ressalta-se que pela sua atipicidade, como supra mencionado, a avença de revenda e distribuição de bebidas exclui a possibilidade de aplicação analogicamente da Lei nº 6.729/79, que regula as relações comerciais entre as produtoras e as distribuidoras de veículos automotores. As disposições contidas nesta são especialíssimas, constituem exceção às regras gerais, enquanto que, em contrapartida, na distribuição de bebidas, pela ausência de lei específica, os dissídios devem ser dirimidos à luz das disposições comuns, que regulam os contratos em geral. 2- Contrato de revenda e distribuição, formalizado antes à edição da Lei nº 8.884 (Antitruste) que ocorreu em 1994, não podendo, portanto, ser esta invocada, para as relações existentes entre os litigantes. Além da Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, consagrar o princípio da irretroatividade, logo protegendo o presente contrato (ato jurídico perfeito). 3- Não podendo haver reclamação quanto à rescisão unilateral, uma vez que, a fornecedora somente exerceu regularmente o seu direito, conforme ajuste primitivo. A prévia notificação da fabricante, de que não estaria disposta a renovar o contrato tem inteiro respaldo por estar disciplinada no contrato. Alusão de abusividade da cláusula supra referida, mostra-se inócua, visto que possibilita à ambas as partes procurarem novos parceiros para os negócios, isto é, tanto o fornecedor como o distribuidor, valendo o princípio do 'pacta sunt servanda'. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 173579-5. Relator: Miguel Pessoa, 2005).

O julgado em análise em muito se assemelha em relação ao caso anteriormente apresentado, mas com conclusões absolutamente diversas. No caso

ora analisado discutiu-se relação contratual entre a apelante – Jarbel Comércio de Bebidas Ltda. e a apelada – Companhia Cervejaria Brahma.

Segundo a apelante a apelada haveria rescindido unilateralmente o contrato de Revenda e Distribuição, firmado entre as partes, sem qualquer justa causa, revertendo o serviço à outra Distribuidora. Alega a apelante, que tal rescisão seria fruto de abuso de direito e poder econômico da apelada, suscitando diversos prejuízos que sofreu em decorrência da suposta rescisão ilegal.

Segundo o Relator, "a prévia notificação da fabricante, de que não estaria disposta a renovar o contrato tem inteiro respaldo por estar previsto no contrato." Complementa seu voto aduzindo que:

> Alusão de abusividade na cláusula supra referida, mostra-se inócua, visto que possibilita a ambas as partes procurarem novos parceiros para os negócios, isto é, tanto o fornecedor como o distribuidor, valendo o princípio do pacta sunt servanda. Inviável seria a continuidade do contrato contra a vontade de uma das partes, violação direta ao princípio basilar na formação dos contratos que é o da autonomia da vontade dos contratantes. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 173579-5. Relator: Miguel Pessoa, 2005).

Nesse sentido, parece acertada a decisão de reconhecer que a rescisão imotivada é um elemento natural nos contratos de distribuição e que só cabe as partes a análise da relação de tempo x lucro, não devendo o Judiciário intervir nesse contexto, já que isso decorre da predisposição aos riscos e da autonomia que as partes empresárias têm na definição dos termos dos seus contratos.

Agravo Retido nº 1220773-9, do Foro da Região Metropolitana de Londrina, 7ª Câmara Cível, Relator: Victor Martim Batschke, data de julgamento: 19.05.2015, Data de Publicação: 14.07.2015. A decisão encontra-se assim ementada:

> EMENTA: AGRAVO RETIDO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO POR MAIORIA. VENCIDO O RELATORAPELAÇÃO CÍVEL. DISTRATO. REVISÃO PERMITIDA. CONDUTA ABUSIVA. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. RECURSO RECEBIDO AGRAVO RETIDO DESPROVIDO (POR MAIORIA). RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - No entendimento da maioria do quórum o julgamento antecipado da lide seria admissível, eis que o juízo originário considerou que os documentos juntados aos autos seria suficiente para a clara compreensão dos pontos controvertidos, restando superado os temas tocantes ao agravo retido. Relator vencido nesta preliminar. 22 - O distrato se faz pela mesma forma do contrato (CC art. 472), sendo um meio de resilição bilateral que nada mais é que um novo contrato que fica sujeito às normas gerais que regulam

> a liberdade contratual, inclusive com a revisão ou invalidação de cláusulas quando consideradas abusivas. 3 - Não é crível que uma relação que perdurou por quase 10 anos terminasse com um simples distrato, sem que se tenha feito qualquer menção a valores, não se duvidando que a rescisão imotivada quando efetivada por meio de conduta abusiva viola os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.4 - Mesmo que a interrupção da continuação da distribuição se desse por culpa do agente, ainda assim teria ele direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados (CC art. 717), do contrário, em sendo o proponente que fez cessar o negócio sem justa causa, aquele tem direito à indenização (CC art. 715).5 - A indenização no caso se dará por conta do desrespeito tocante à vigência que foi previsto para a continuação do negócio, resolução esta que estará em consonância com o art. 402 do CC, no qual engloba nas perdas e danos, também aquilo que o prejudicado razoavelmente deixou de lucrar.6. A apuração da renda mensal líquida se perfaz com a verificação do faturamento bruto, menos as despesas operacionais ordinárias, que em condições normais a parte a ser indenizada teria em razão do seu negócio. 3 Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido. (PARANÁ. TJ. Apelação nº 1220773-9. Relator: Victor Martim Batschke, 2015).

O caso em tela versa sobre rescisão unilateral de contrato de distribuição no qual a autora alega ter havido vício de consentimento no distrato do contrato de distribuição firmado entre as partes em função da ocorrência de “coação econômica irresistível”.

Na verdade, segundo demonstra o Relator, as partes teriam assinado distrato do contrato de distribuição, no qual elas declararam que não havia mais interesse em manter a parceria, resolvendo o negócio com quitação recíproca de todos os créditos e débitos.

Em complemento, o Relator aduz que:

> Nesse caso, não obstante o distrato apontado -- e exaltado pela parte recorrida -- não se pode deixar de ponderar que o negócio, independentemente de ser enquadrado como Representação Comercial, Agência ou Distribuição, incontroversamente iniciou-se no ano de 2004 (veja fls. 104), sendo renovado por uma série de contratos até quando então adveio o Distrato em abril de 2012.
> Ou seja, foram anos que a apelante laborou em proveito da empresa recorrida, não que o negócio não fosse uma parceria de interesse de ambas as partes, mas é de tudo evidente a relação de preponderância de uma quando comparada com a outra, isso em verdade salta aos olhos e dispensa maiores comentários, sobretudo frente ao maior poderio econômico tocante à parte recorrida. (PARANÁ. TJ. Apelação nº 1220773-9. Relator: Victor Martim Batschke, 2015).

Em seguida o Relator demonstra que a rescisão quando feita de forma abusiva gera o dever de indenizar, mas sem demonstrar, no entanto, qual seria o ato abusivo praticado pelo fornecedor, limitando-se a dizer que esta teria imposto sua

assinatura, já que se trata de empresa com maior poder econômico. Importante é este trecho da decisão:

> Como consequência da abusividade do Distrato, ainda assento que resilição NÃO se operou de maneira bilateral (conforme sustentou a empresa telefônica), mas, SIM, por conta da apelada, que, ante a imposição do instrumento do Distrato, sem justa causa ou culpa da outra, fez cessar a continuação do negócio, incidindo, pois, no tipo dos artigo 715 do Código Civil.
> [...]
> Hipótese essa que já considerada quando se teve o instrumento do distrato como abusivo, não por ofensa aquele dispositivo, mas por ter sido efetivado por meio de conduta desleal e abusiva, violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual. (PARANÁ. TJ. Apelação nº 1220773-9. Relator: Victor Martim Batschke, 2015).

A decisão em tela demonstra com clareza o que se tem sustentado nesta tese em relação ao tratamento equivocado envolvendo contratos de colaboração firmados entre pessoas que exercem atividades empresariais. Nesse sentido, observa-se que impera em tais relações a sujeição dessas partes aos riscos que lhes são inerentes.

Em complemento, observa-se que os contratos de colaboração traduzem a necessidade de uma intensa ajuda entre as partes, sem que isso signifique, vale dizer, que elas, individualmente não terão suas motivações egoísticas, não sendo crível que tais motivações sejam reconhecidas, sempre, como acintosas à boa-fé.

Reconhecer tal cenário relacional é importante na medida em que decisões como esta que analisa-se demonstram que o tratamento dispensado às partes não pode partir da visão paternalista que muitas vezes se nota em certos ramos do direito ou certos julgados.

Assim, a decisão mostra-se desconectada com a natureza dos contratos de colaboração ao conceder indenização sem a clara demonstração de comportamento oportunista por parte do fornecedor, nem tampouco de que tenha havido afronta clara à confiança que se espera em tais relações, valendo-se simplesmente do argumento de superioridade econômica do fornecedor para concluir que houve abuso de direito.

Agravo em Recurso Especial nº 302040 do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, data de julgamento: 7.08.2013, Data de Publicação: 13.08.2013. A decisão encontra-se assim ementada:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL CONTRATO DE FRANQUIA PARA COMERCIALIZAÇÃO DE GLP - GÁS DE COZINHA RESCISÃO CONTRATUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E LUCROS CESSANTES. DEMANDA AJUIZADA PELA FRANQUEADA FIREGÁS COMÉRCIO DE GÁS LTDA, SUSTENTANDO TER SUPORTADO PREJUÍZOS DECORRENTES DA RUPTURA DO PACTO, SEM FUNDAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA AGRAVOS RETIDOS, PUGNANDO PELA INÉPCIA DA INICIAL E PRODUÇÃO DE PROVAS ORAL E PERICIAL REJEITADOS. CONTRATO BILATERAL, ONEROSO E COMUTATIVO, NOQUAL AS PARTES TÊM LIBERDADE PARA ESTIPULAR AS CLÁUSULAS QUE ENTENDEM PERTINENTES. PRAZO DE VIGÊNCIA DO AJUSTE E SUA PRORROGAÇÃO, ESTABELECIDOS LIVREMENTE. TERMO DE ADITAMENTO QUE SEGUE OS MESMOS DITAMES DO CONTRATO ORIGINÁRIO. RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO PELA FRANQUEADORA COM PREVISÃO NOS INSTRUMENTOS, QUE NÃO CONFIGURA ATO ILÍCITO, AFASTANDO A INDENIZAÇÃO PLEITEADA INOBSERVÂNCIA AOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NÃO CONFIGURADA RISCOS E INSUCESSOS QUE SÃO PREVISÍVEIS NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. RECURSO DA FIREGÁS AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RIO DE JANEIRO. TJ. Agravo em Recurso Especial nº 302040. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 2013).

A parte recorrente aduz violação a dispositivos do CPC, bem como a inobservância dos deveres contratuais da parte adversa, bem como a total ausência de boa-fé objetiva no cumprimento do contrato de franquia existente entre as partes. Havia entre as partes contrato de franquia, prevendo a possibilidade de alteração de preços de acordo com as condições estabelecidas pelos órgãos públicos, podendo sofrer alterações, na proporção do impacto dos tributos (impostos, taxas ou contribuições).

No que se refere à denúncia, havia no contrato a previsão de rescisão, desde que observados os termos do pacto, com comunicação prévia da denúncia, em 60 (sessenta) dias, o que foi observado pela franqueadora na comunicação da denúncia.

Em relação aos preços praticados pela Fornecedora, o Tribunal reconheceu que a Autora ciente dos preços e suas alterações, desde o início da relação comercial, não se insurgindo, à época, contra os aumentos. Em complemento, a resilição por parte da Franqueadora decorreu da falta de interesse na manutenção da avença, não se verificando no lastro probatório conduta ilícita das Rés, violadora dos deveres anexos de boa-fé objetiva ou da função social dos contratos. Segundo o Tribunal:

> É importante apontar que a atividade comercial deve ser sopesada pelos interessados antes da concretização do negócio. Os contratantes, na franquia, como em qualquer ramo de negócio, devem fazer uma análise profunda do mercado, da concorrência e de possíveis resultados, com projeção do capital investido, devendo estar conscientes das possíveis dificuldades para não passar desilusões no futuro. O risco e os prejuízos são íncitos à atividade empresarial, como de sabença comum. Ressalte-se que a demanda envolve empresas de grande porte, conhecedoras das regras, da prática e da dinâmica comerciais" (e-STJ, fls. 1.025/1.028). Dessa forma, delimitada a base fática que demonstra a análise dos contratos objeto do litígio, não sendo verificada a inobservância aos deveres da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como ausência de ato ilícito por parte das empresas rés, reconhecer suposta ausência de boa-fé e a inobservância dos deveres contratuais como sustenta a parte é procedimento que reclama o reexame do acervo fático-probatório dos autos, em especial dos contratos mantidos entre as partes, medida defesa na via do recurso especial, em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". (RIO DE JANEIRO. TJ. Agravo em Recurso Especial nº 302040. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 2013).

Agravo em Recurso Especial nº 168.827 do Estado do Mato Grosso, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 4.11.2013, Data de Publicação: 8.11.2013. A decisão encontra-se assim ementada:

> APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS - DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS - EXIGÊNCIAS E METAS EXCESSIVAMENTE ONEROSAS - BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS - CULPA DA DISTRIBUIDORA NÃO COMPROVADA - HONORÁRIOS - DEMANDA ENVOLVE AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - MANUTENÇÃO – RECURSOS DESPROVIDOS. (MATO GROSSO. TJ. Recurso Especial nº 168.827. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2013).

Trata-se de agravo interposto pela Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV contra decisão que não admitiu recurso especial, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, tendo como agravada a sociedade Weiber Distribuidora de Bebidas ltda. O relator negou provimento ao agravo de instrumento em função da necessidade de reexame de provas, sendo isso inviável na instância especial.

No entanto, colhe-se na decisão importantes elementos considerados pelo Tribunal Estadual. Em relação a este ponto, se discutiu se teria havido por parte da Weiber Distribuidora de bebidas inadimplemento do contrato de distribuição. Nesse âmbito, a distribuidora sustentou que a AMBEV teria criado exigências e metas extremamente elevadas e impossíveis de serem cumpridas em contrato de longa duração, o que ensejaria prática ilegal e abusiva da companhia de bebidas e que

teria dificultado severamente o adimplemento da obrigação por parte da Distribuidora, cuja conduta configura abuso, macula a tradição da boa-fé contratual e revela a culpa da AMBEV pela rescisão contratual.

Na decisão do juízo estadual destacou-se o seguinte:

> Prossigo, observando que, em tese, qualquer dos fatos atribuídos à distribuidora (desatendimento a pontos de venda e a cota mínima de aquisição de produtos para comercialização, falta de cumprimento de obrigações financeiras e de mantença do estoque exigido), se ocorridos, dariam ensejo à resolução da avença a favor da AMBEV. Contudo, importa o conhecimento da versão fornecida pela empresa Weiber para aferição da ocorrência e da possível voluntariedade do descumprimento contratual narrado. Por sua vez, o Laudo Pericial atesta que o atendimento feito pelo Réu, era bom, que o Réu atendia os pontos de venda, não deixando de abastecer por completo os seus 25 pontos de venda (fls. 1017). Da análise da cláusula 2ª (fls. 44) do Contrato de Distribuição celebrado entre as partes (fls. 41/48), constata-se que a apelante obrigou a apelada/distribuidora a adquirir as quantidades mínimas: no período de inverno (maio a agosto), de 54.000 dúzias de cerveja, 36.000 dúzias de refrigerante, 5.400 litros de chopp; no período intermediário (abril a novembro), 60.000 dúzias de cerveja, 40.000 dúzias de refrigerante e 6.000 litros de chopp e no período de verão (dezembro a março), 66.000 dúzias de cerveja, 44.000 dúzias derefrigerante e 6.600 litros de chopp. Observa-se que essas metas e quotas representam um volume 4 (quatro) vezes maior que a venda normal da distribuidora (fls. 277/291), o que indica conduta ilegal e abusiva da apelante AMBEV, que dificultou severamente o adimplemento da obrigação por parte da Distribuidora. Destaca-se, ainda, a correspondência encaminhada à AMBEV, acerca da disparidade dos critérios adotados para a fixação das quotas. Em 1994 representava o equivalente: a 146.666 dúzias de cerveja; em 1995, ano seguinte, 720.000 dúzias de cerveja, correspondente a um aumento contratual de 390,92%; em 1994, 181.734 dúzias de refrigerante; em 1995, 480.000 dúzias, correspondente a um aumento contratual de 164, 13% (fls. 288). MATO GROSSO. TJ. Recurso Especial nº 168.827. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2013).

Como já observado, muito embora o Superior Tribunal de Justiça não tenha considerado em sua decisão os aspectos contratuais em discussão pelas partes, nota-se que na justiça comum estadual a matéria foi enfrentada e em linha com o que temos sustentado nesta tese. Nessa medida, observa-se que é inerente e normal que nos contratos de distribuição sejam fixadas metas de vendas ou de aquisição mínima de produtos o que, em regra, pode ser modificado pelo fornecedor.

No entanto, no caso em tela o que houve foi um claro comportamento oportunista por parte da AMBEV, que modificou tais metas para patamares muito superiores aos inicialmente fixados, o que dificultou sobremaneira o adimplemento contratual por parte da distribuidora de bebidas.

Agravo em Recurso Especial nº 250.873 do Estado de São Paulo, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de julgamento: 1.02.2013, Data de Publicação: 8. 02.2013.

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso especial e no qual se colhem interessantes argumentos relacionados ao tema discutido nesta tese. Na decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verifica-se que foi firmado contrato de distribuição entre as partes, o qual não foi cumprido pelo distribuidor pelo fato de não concordar com novas condições impostas pelo fornecedor.

Na fundamentação da decisão, o Ministro relator destacou que o princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta pautado na probidade, 'assim na conclusão do contrato, como em sua execução, dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002. Nesse sentido, destacou que o v. acórdão recorrido, ao permitir que a concedente, ao seu bel prazer, alterasse frontalmente o contrato de distribuição inicialmente celebrado, impondo "goela abaixo" da concessionária uma nova forma de aquisição de veículos, não coaduna com a boa-fé contratual e a função social do contrato. Colhe-se na decisão que:

> Não há dúvida, pois, quanto à negativa de vigência aos artigos 112, 421, 422 e 2.035, do Código Civil, razão pela qual urge que esta c. Turma dê provimento ao presente recurso para afastar a destacada infringência, julgando-se totalmente procedentes os pedidos exordiais, em razão da quebra da boa-fé objetiva e do desrespeito à função social do contrato. Consoante se destacou nas razões de Apelação (fis. 1560/1561, não se nega que o contrato de concessão jamais poderia antever e programar, v.g, a quantidade e modelo dos automóveis que a Recorrente teria acesso, tampouco sua meta de vendas, a capacidade de estoque para pronta entrega etc., pois diversos são os fatores que influenciam nos cálculos. Tais questões são reguladas mediante cláusulas denominadas meramente potestativas, que permitem fundamentadas e pontuais alterações e, por este motivo, são licitas. (SÃO PAULO. TJ. Agravo em Recurso Especial nº 250.873. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2013).

O Ministro ainda ressaltou que:

> [...] as cláusulas contratuais que deixam TODOS os parâmetros de fornecimento de veículos, dilação ou diminuição de prazo de consignação, valor de carta de fiança e montante que esta assegura etc., à livre e bel vontade da concedente, sem obediência a nenhum critério lóeico e/ou técnico, são nulas de pleno direito - são as cláusulas puramente potestativas, ou putativas puras. . (SÃO PAULO. TJ. Agravo em Recurso Especial nº 250.873. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2013).

Em relação à autonomia das partes na fixação dos parâmetros contratuais, o Ministro destacou, citando a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que:

> [...] ainda que a alegação de que "a apelante celebrou livremente o contrato com o apelado, com ampla possibilidade de discussão acerca das cláusulas" fosse verdadeira - e não o é, conforme se impugnou -, não impedia - pelo contrário, demandava - que os nobres Desembargadores fulminassem a indigitada cláusula, seja porque ela "legalizou" as arbitrariedades da Recorrida, seja porque resultou no desvirtuamento da natureza do contrato de distribuição. Diante do expendido, demonstradas as violações aos artigos 424 e 122 do Código Civil (antigo 115, CC/1 6), imperioso que este e. STJ afaste as infringências, declarando-se a nulidade da ilícita cláusula contratual e, consequentemente, julgando-se procedentes os pedidos vestibulares, em virtude da nulidade de cláusula que, não bastasse ser puramente potestativa, está inserida em contrato de adesão. . (SÃO PAULO. TJ. Agravo em Recurso Especial nº 250.873. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2013).

É importante observar que no contexto delineado, o TJSP entendeu que não havia abuso de direito, pois a Recorrida supostamente agia de acordo com o contrato, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*.

No entanto, em relação à parte que deu causa ao descumprimento do contrato, o STJ entendeu que houve descumprimento por parte da distribuidora e que esta não poderia se eximir das obrigações que seriam “normais” em uma relação do distribuição a despeito da existência de outras cláusulas consideradas puramente potestativas.

Nesse sentido colhe-se o seguinte:

> A prova oral aliada à documental trazida aos autos revela que foi a autora quem descumpriu os contratos de distribuição e de concessão celebrados entre as partes e deu causa à rescisão. Com efeito, estratégias comerciais adotadas pela requerida não eximem a ré do cumprimento do contrato. Neste sentido, ficou a autora isolada com relação a todas as demais revendedoras em sua recusa frente à nova sistemática de compra e venda adotada, denominada "floor plan”. Insistiu em preservar as compras por consignação, em descompasso não só com as práticas da requerida, mas da maior parte das montadoras de veículos e de suas revendedoras.
> Exame detalhado dos autos não possibilita encontrar prova capaz de sustentar a tese invocada como causa de pedir, no sentido de que a resolução do vinculo contratual decorreu de abuso do poder econômico pela ré. Oportuno ressaltar que a queda no ritmo de entrega de veículos pela requerida à autora está intimamente relacionada à recusa desta em receber veículos por outras formas que não a consignação, por constituir transferência para a ré de expressiva parte do custo de atividade da autora.
> Mais ainda, a postura da autora não encontra amparo contratual, porque, desde sempre, contempladas consignação e aquisição mediante pagamento à vista ou parcelado. Pela análise detida dos autos, verifica-se que, ao celebrar o contrato de distribuição de veículos com a ré, a apelante

> anuiu com todas as cláusulas inseridas na avença, cláusulas estas que não se mostram abusivas ou nulas.
> A cláusula quinta do contato de consignação mercantil é taxativa ao estabelecer que 'Os veículos enviados em consignação deverão ser vendidos nos prazos e condições estabelecidas nas Circulares emitidas pela CONSIGNANTE, e que passarão a fazer parte integrante do presente.
> Ora, se a apelante tinha total conhecimento de que as normas referentes à aquisição dos veículos pela modalidade de consignação seria regida pelas circulares emitidas pela ré, não pode vir agora alegar que tal prática de edição de circulares por parte da apelada é abusiva.
> Verifica-se, portanto, que a apelante celebrou livremente o contrato com o apelado, com ampla possibilidade de discussão acerca das cláusulas contratuais. Não pode, quando exigido o seu cumprimento, alegar abusividade da cláusula que livremente pactuou, sob pena de ofensa à regra do pacta sunt servanda.
> E, se devidamente ciente das alterações na forma de consignação dos veículos para o método 'floor plan', a apelante não concordou com tais modificações, é óbvio que deve suportar sozinha com as dificuldades de adquirir os veículos à vista, não podendo impor à ré o ônus de sua discordância ou que seja tratada de forma diversa das outras distribuidoras.
> Saliente-se, ainda, que a apelada sempre fez a devida comunicação à autora acerca das emissões das circulares com as novas regras de aquisição dos veículos, de modo que não há como atribuir-lhe culpa pelo não cumprimento da avença.
> E, uma vez que a apelante não cumpriu com os termos do contrato porque não concordou com as novas regras editadas pela apelada ou porque não possuía condições para efetuar os pagamentos nos novos prazos, evidente está a sua responsabilidade pelo descumprimento e consequente rescisão da avença.
> Dessa forma, acertada a decisão de primeiro grau sendo a improcedência da ação medida de rigor. . (SÃO PAULO. TJ. Agravo em Recurso Especial nº 250.873. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2013).

O julgado em questão parece demonstrar que a possibilidade de incidência de comportamento oportunista não é um fator que, por si só, deva ser considerado na análise sobre a responsabilidade pela rescisão contratual como se tem sustentado. Como se demonstrou, apesar de no contrato de distribuição existir cláusulas puramente potestativas, o Tribunal considerou que a distribuidora foi a causadora da quebra do dever de confiança, por não seguir os padrões ditados pela montadora de veículos, que guardavam amparo nas práticas de outras empresas do ramo.

Recurso Especial nº 1377908 do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 21.05.2013, Data de Publicação: 1.07.2013. A decisão encontra-se assim ementada:

> SOCIEDADE ANÔNIMA, PENHOR MERCANTIL E CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DA APELAÇÃO CONFIRMADA, NO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO, PELO COLEGIADO LOCAL. SUPERAÇÃO DA QUESTÃO ACERCA DA

> ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 557 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PENHOR MERCANTIL. AVENÇA PRATICADA POR DIRETORES DE SOCIEDADE ANÔNIMA, QUE NÃO DISCREPA DO OBJETO SOCIAL DA COMPANHIA. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ DO TERCEIRO CONTRAENTE. POSSIBILIDADE DE DESCUMPRIMENTO DO PACTUADO, AO ARGUMENTO DE QUE O NEGÓCIO DEVERIA TER ANUÊNCIA DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA COMPANHIA. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR A SEGURANÇA E PREVISIBILIDADE NAS RELAÇÕES MERCANTIS. A REVOGAÇÃO DOS ARTIGOS 271 E 274 DO CÓDIGO COMERCIAL NÃO IMPLICOU ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA DISCIPLINA DO PENHOR MERCANTIL, QUE, A TEOR DO ART. 1.431 DO CC/2002, ADMITE A TRADIÇÃO SIMBÓLICA DO BEM EMPENHADO. GARANTIA DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO, AINDA QUE CONSTITUÍDA POR BEM DE TERCEIRO. POSSIBILIDADE EXPRESSAMENTE PREVISTA NO ARTIGO 31 DA LEI N. 10.931/2004. (RIO DE JANEIRO. TJ. Recurso Especial nº 1377908. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2013).

Trata-se de Recurso Especial manejado com o objetivo de discutir negócio jurídico envolvendo a recorrente e que teria ocorrido sem autorização do seu conselho de administração. Além disso, sustenta a recorrente que ela não figurou como garantidora em operação de crédito e que não poderia ser damandada para adimplir com a obrigação em questão.

O que é interessante neste julgado é que o Ministro relator aponta que “a recorrente é empresa de grande porte, como longa experiência em negócios comerciais, não sendo crível que, somente na hora em que a credora foi em busca do bem dado em garantia é que tenha se lembrado que não havia recebido tais bens.” Nesse sentido, a decisão encontra-se em consonância com o que se tem sustentado neste tese, ou seja, que o exercício da atividade empresarial pressupõe a adesão do empreendedor à dinâmica empresarial que, por sua vez, exige que tais pessoas saibam, ou ao menos aceitem, que estarão sujeitas às vicissitudes de tal sistema.

Nessa linha, colhe-se na decisão a seguinte passagem:

> Nas avenças mercantis típicas, em que não há dependência econômica de nenhuma das sociedades empresárias, "as partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da 'proteção externa')", não sendo "desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso poderia levar ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas, a um nível insuportável. (RIO DE JANEIRO. TJ. Recurso Especial nº 1377908. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2013).

No trecho destacado observa-se que o Ministro relator apresenta raciocínio que conduz à conclusão em que nas avenças em que não exista dependência econômica as partes devem-se conduzir de acordo com aquilo que ficou por elas pactuado, importando observar que suas condutas deverão refletir a confiança que se espera nas relações empresariais.

13 CONCLUSÕES

A empresa, para a teoria da Nova Economia Institucional, é vista como um complexo de contratos necessários para o desenvolvimento de suas atividades. Nessa medida, importante é a análise que se empreende sobre os fatores que podem fazer com que tais relações contratuais sejam permeadas por maiores custos de transação.

Nesse sentido, o tema desenvolvido nesta tese parte da análise da existência de dependência econômica em certos contratos empresariais e quais as consequências de tal dependência, não apenas para a teoria dos custos de transação, mas também para a higidez das relações jurídico-empresariais.

Nessa medida, para a Teoria dos Custos de Transação, fatores como a racionalidade limitada, a incompletude contratual e a existência de comportamentos oportunistas são evidentes motivadores da elevação dos custos incidentes sobre os contratos, na medida em que representam causas de insegurança no que tange ao cumprimento das obrigações assumidas pelas partes.

Em complemento, como nos contratos de colaboração as partes têm um ambiente com maior incompletude contratual, o contrato empresarial passa a ser um terreno fértil à adoção de comportamentos oportunistas.

Sobre essa questão, observou-se que a incompletude contratual pode incidir com intensidade suficiente a exigir que tais lacunas sejam discutidas judicialmente, o que torna pertinente saber-se quais condutas poderão ensejar a revisão, a resolução dos contratos ou até mesmo a obtenção de tutela específica de fazer ou não fazer.

Em relação aos comportamentos oportunistas, observou-se ainda que estes não constituem, necessariamente, o abuso de direito, mas podem vir a resultar igual consequência em relação a este se for de tal modo contrário ao dever de confiança que se espera nos contratos de colaboração.

Além desse fatores, estudou-se, com base na teoria da Nova Economia Institucional, que fatores institucionais, tais como a lei e a confiança entre as partes, podem estimular a diminuição dos custos de transação dos contratos, na medida em que favorecem um ambiente de maior higidez dos pactos assim firmados. Nessa medida, tais instituições têm o poder de diminuir ou aumentar as incertezas inerente às relações empresariais.

Em relação aos contratos empresariais, sustentou-se que a aplicação do princípio da proteção ao contratante economicamente dependente só encontra razão de ser nos contratos empresariais denominados como “contratos de colaboração”, aqui entendidos como os contratos de distribuição, concessão e franquia. Não foram incluídos em tal contexto os contratos denominados de intercâmbio e os contratos societários, por não se vislumbrar neles alguma dependência econômica.

Ainda sobre tais contratos, observou-se que estes possuem fundamentos próprios, que os diferenciam dos demais contratos civis e de consumo. Isso significa que nos contratos empresariais impera um critério de racionalidade própria daqueles que exercem tais atividades, e que os difere dos demais contratos de direito privado.

Some-se a isso o fato de nos contratos empresariais de colaboração, pela sua natural incompletude, as partes terem que assumir este risco de forma mais evidente. Em outras palavras, as partes, motivadas pela possibilidade de ganho em tal contexto, vão atuar de acordo com sua racionalidade para, dentro de sua autonomia, definirem suas obrigações.

Em relação à função social dos contratos empresariais, defende-se que esta se encontra relacionada mais à proteção do mercado consumidor do que propriamente à proteção de algumas das partes.

Nesse sentido, nos contratos empresariais há naturalmente a assunção de riscos pelas partes, o que justifica maior predisposição ao erro empresarial. Tais riscos não podem ensejar, no entanto, a adoção de comportamentos oportunistas ofensivos à confiança que se espera em tais relações, uma vez que também incide em tais relações o princípio da boa-fé objetiva.

Sobre o princípio da boa-fé, notamos que, no meio empresarial, ele deve ser mitigado em função da avidez das partes pelo lucro, o que não significa aceitar-se que os objetivos das partes nos contratos de colaboração poderão ser frustrados em função de condutas oportunistas e lesivas à confiança.

Observou-se que a boa-fé não exclui a aplicação do princípio da proteção ao contratante dependente nos contratos de colaboração. Na verdade, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente parte da mesma base axiológica que a boa-fé, mas sua incidência é limitada aos contratos de colaboração em que tenha havido comportamento oportunista.

Em outras palavras, o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente é um princípio especialmente aplicável apenas aos contratos de colaboração, diferente do princípio da boa-fé objetiva que irradia seus efeitos e diretrizes sobre todas as relações negociais, sejam elas de direito privado ou público.

Tais condutas oportunistas se diferem em certa medida do abuso de direito, mas é possível observar que, quando a conduta oportunista é lesiva à confiança, seus efeitos são os mesmos daqueles verificados na incidência do abuso de direito.

Nessa medida, assume relevo especial a confiança como razão de ser dos contratos de colaboração. Sobre ela, assume-se tratar-se de uma das instituições que governam as relações empresariais, e nos contratos de colaboração é sua causa formadora, o que denota que comportamentos que fujam a esse propósito devem ser coibidos.

Em relação aos contratos de colaboração, o dever de confiança, além de ser um dever de conduta a ser observado na formação dos contratos, tal como a boa-fé, é também um critério norteador para o preenchimento das lacunas decorrentes da natural incompletude de tais contratos e também critério para se aferir se a conduta é abusiva ou não.

No que tange ao princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, observou-se que este já recebe tratamento no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas sem estudos muito amplos, vale frisar. Nota-se, aliás, que, no âmbito jurisprudencial, não há uniformidade de tratamento diante da necessidade de preenchimento de lacunas dos contratos de colaboração.

Em razão disso, defendeu-se que há necessidade de que seja inserido no ordenamento jurídico o princípio da proteção ao contratante economicamente dependente, não da forma disciplinada no Projeto de Novo Código Comercial, mas com incidência apenas sobre os contratos de colaboração empresarial, e desde que tenha havido adoção de comportamentos oportunistas lesivos ao dever de confiança que se extrai nessas relações.

Além disso, também se defendeu que a proteção aos contratantes no meio empresarial não deve recair apenas sobre hipóteses de dependência econômica, mas também nos casos em que, mesmo não sendo a parte dependente, houver comportamento oportunista e quebra de confiança,

Em relação ao tratamento existente sobre a proteção ao contratante economicamente dependente no ordenamento francês, observou-se que lá, ao mesmo tempo em que a proteção incide para proteção à concorrência, também é um critério que norteia a relação contratual entre as partes.

Sobre a análise de julgados, foi possível observar que os fundamentos para concessão de eventual proteção no âmbito dos contratos empresariais variam muito, adotando-se em certos casos a força obrigatória dos contratos, de modo que as partes assumem livremente os ônus da avença e devem suportá-los com base no risco das atividades empresariais e na maior racionalidade que se extrai das partes inseridas neste contexto.

Por outro lado, também observou-se a existência de decisões que se pautaram em critérios mais voltados para a proteção de uma das partes em função de sua vulnerabilidade, com o que não se concorda.

Na maioria dos julgados analisados os Tribunais pautaram suas decisões na força obrigatória dos contratos, mas nos casos em que concederam proteção à parte vulnerável, o fizeram sob critérios muito diferentes dos defendidos nesta tese, quais sejam, com atuação oportunista e lesiva à confiança.

Por fim, observou-se que a adoção de um critério positivado que tenha como objetivo inibir condutas oportunistas no âmbito dos contratos de colaboração gera maior segurança jurídica, evita a necessidade de tutela jurisdicional para suprir as lacunas inerentes a tais contratos, gera mais incentivos à contratação, enfim, colabora com a higidez dos pactos e evita que as partes incorram em maiores custos na formação e execução dos contratos.

REFERÊNCIAS

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Instituições e cooperação social em Douglass North e nos intérpretes weberianos do atraso brasileiro. **Estudos Econômicos**, São Paulo , v. 41, n. 3, p. 551-571, set. 2011.

AGUIRRE, Basília. Mudança institucional: a perspectiva da nova economia institucional. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASCARELLI, Tullio O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 37, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999.

ASCARELLI, Tullio. A idéia de Código no direito privado e a tarefa da interpretação. In: ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** Campinas: Bookseller, 2001.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. In: Aguiar JÚNIOR, Ruy Rosado de. **III Jornada de Direito Civil.** Brasília. Conselho da Justiça Federal, 2005.508p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, n. 28, p. 77-92, out./dez. 2006.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: v. 35, n. 104, p. 109-126. out./dez. 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-12, 2000.

AZEVEDO, Paulo. Contratos: uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BALDY, Alexandre. **Comissão Especial destinada a Proferir parecer ao Projeto de Lei Nº 1.572, de 2011, do Sr. Vicente Cândido, que "Institui O Código Comercial"**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EE76AE8075DD3428AAD444B84B9221D8.proposicoesWeb1?codteor=1351029&filename=Parecer-PL157211-18-06-2015>. Acesso em: maio 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002

BARCELLOS. Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Victor Civitas, 1974. (Coleção Os Pensadores).

BERNANDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. **Revista de Direito Público da Economia,** Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 141-157, jul./set. 2008.

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 862p.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Novos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BJORK, Gordon C. **A empresa privada e o interesse público:** os fundamentos de uma economia capitalista. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

BORGES, João Eunápio Borges. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit De (Ed.). **Encyclopedia of law and economics**: volume 1: The history and methodology of law and economics. Cheltenham: Edwad Elgar. 2000.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teorias dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRANCO, Gerson. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 169-226, out./dez. 2002.

BRANDÃO, Wilson de. **A lesão e contrato no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BRANDELLI, Leonardo, A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 913, p. 137-174, nov. 2011

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2012.

BRASIL. Código Comercial (1850). Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Coleção de Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, t. 11, p. 57-238, 1850.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 nov. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1218506-PR. Relator: Massami Uyeda, julgado em 01/12/2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 601.234/DF. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 12/05/2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos De Declaração No Agravo Em Recurso Especial nº 265.845/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 18/06/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1377908/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/05/2013. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 866414-GO. Relator: Nancy Andrighi, julgado em 20/06/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 936741/GO. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, julgado em 03/11/2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1377908 / RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/05/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1403272 /RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10/03/2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 319.707/SP. Relatora: Min. Nancy Andrigui, julgado em 07/11/2002. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 abr. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 476.428-SC. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/04/2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 09 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 532.570/RS. Relator: Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21/10/2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 567192/SP. Relator: Min. Raul Araújo, julgado em 05/09/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 632.958-AL. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 04/03/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 632.958-AL. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 04/03/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 687.322/RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 21/09/2006. **Diário de Justiça**, Brasília, 09 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 783.520/GO. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 07/05/2007. **Diário de Justiça,** Brasília, 28 maio 2007.

BREITENBACH, Raquel; BRANDÃO , Janaína Balk; SOUZA, RENATO Santos de. Teorias organizacionais e a nova economia institucional: uma discussão acerca dos elementos constitutivos das organizações. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA, 47, 2009, Porto Alegre. **Congresso SOBER**. Porto Alegre: SOBER, 2009. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/13/477.pdf>. Acesso em: 17 JUN. 2015.

BROUSSEAU, Éric. **L'economiste, le juriste et le contract**. Paris: Analyse Théorique des Organisations et des Marchés, 2000. Disponível em: <http://brousseau.info/pdf/EBGhestin.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos e títulos empresariais**: as novas perspectivas, Atlas, São Paulo, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Contrato de distribuição ou concessão mercantil**: direito dos contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Prefácio. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. (Org.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2014.

CANDIDO, Vicente. **Projeto de Lei nº 1.572 de 2011**. Institui o Código Comercial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4BFCEBAB59D6F2736C535EEE86F73C32.proposicoesWeb2?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 16 out. 2014.

CAVALIERI, Marco Antônio. **O surgimento do institucionalismo norte-americano**: um ensaio sobre o pensamento e o tempo de Thorstein Veblen. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Ciências Econômicas, Belo Horizonte, 2009.

COASE, R. H. **The firm, the market and the law.** Chicago: University of Chicago Press, 1988,

COASE, R. H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, p. 386-405, 1937.

COASE, R. H. The new institutional economics. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 140, p. 229-231, Mar. 1984.

COASE, R. H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, Oct. 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A análise econômica do direito enquanto ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico. Berkeley: Berkeley Program in Law & Economics, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: volume 3: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: volume 3: direito de empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMMONS, John R. Institutional economics. **American Economic Review**, v. 21, n. 4, p.648-657, Dec. 1931.

COMMONS, John. R. Institutional economics. its place in political economy. **Columbia Law Review**, v. 35, n. 5, p. 803-805, May 1935.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1790.

COMPARATO, Fábio Konder. Empresa, Estado e função social. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, Ano 85, n. 732, p. 38-46, out. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil**, n. 18, pp. 53/65, 1975.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto. Os antigos, os novos, e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Revista Análise Econômica da Faculdade de Ciências Econômicas**, Porto Alegre, Ano 18, n. 33, p. 25-45, mar. 2000.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada do direito civil**. Brasília: CJF, 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/LELE/Downloads/volume_I.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

COOTER, Robert; Ulen, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araujo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 560p.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1983.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português: parte geral: introdução, doutrina geral e negócio jurídico. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, t. 1.

DIAS, Lucia Ancona, Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 325-389.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 17. Salvador: Jus Podivm, 2015. V. 1.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: volume 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e pratico dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Condigo de Napoleón.** Buenos Aires: Francisco Beltrán, 1920.

DUTRA, Silvio. Contrato de distribuição: prática e polêmicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3203, 8 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21448>. Acesso em: 16 ago. 2015.

ESTEVES, Heloisa; MELLO, Maria Tereza. **Os desafios da interdisciplinaridade em direito & economia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto2009.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2014.

FABRO, Roni Edson; RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, R. E. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Unoesc Internacional Legal Seminars**, v. 3, n. 1, p. 169-182, 2014. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4402/3412>. Acesso em: 22 abr. 2015.

FARÈS, M'Han; SAUSSIER, Stéphane. Coûts de transaction et contrats incomplets. **Revue Française d'Économie,** v. 16, n. 3, p. 193-230, 2002.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994.

FARIA, José E. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros.1993.

FARIA, Roberta, Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FISS, Owen M. A autonomia do direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Constituição e crise política**. Tradução por Carla Dumont Oliveira de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César. Por uma redefinição de contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, César; BRITO, Lucas, Para uma compreensão integral do abuso de direito no contexto da responsabilidade delitual e da boa-fé objetiva. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades III: da princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades III: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades IV: teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FLORENZANO, Vincenzo D. **Sistema financeiro e responsabilidade social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004. v. 1. 210p.

FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado***,* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 219p.

FORGIONI, Paula. **Contrato de distribuição**: função econômica e disciplina jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 624p.

FORGIONI, Paula. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 624p.

FORGIONI, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.) **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77-154.

FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos contratos empresariais***,* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCE. Ministére dês Finances et dês Comptes Publics. **Abus de dépendance économique**. 12 jun. 2014. Disponível em: <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-dependance-economique>. Acesso em: 23 ago. 2015.

FRIEDMAN, David. **O que a economia tem a ver com o direito?** Portal Libertarianismo, 13 fev. 2015. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/index.php/artigos/economia-direito/>. Acesso em: 16 mar. 2015.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglas North. **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato.** 10. ed. Bologna: CEDAM, 1999.

GAMA, Guilherme; ANDRIOTTI, Caroline. Breves notas históricas da função social no direito civil. In: GAMA, Guilherme. **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMBETTA, Diego. **Trust**: making and breaking cooperative relations. Cambridge: Basil Blackwell, 1988.

GARRIGUES, Joaquim. **Hacia un nuevo derecho mercantil***.* Madrid: Tecnos, 1971.

GOMES, Maria Estela. **Contratos empresariais**: princípios, função social e análise econômica do direito. Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. **O direito e a ciência econômica**: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. Berkeley: Berkeley Program in Law & Economics, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico***.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

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

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 37, n. 114, p. 258-272, abr./jun. 1999.

GUERREIRO, José Alexandre. Aplicação analógica da lei dos revendedores. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 22, n. 49, p. 34-40, jan./mar. 1983.

HODGSON, G. Institutionalism, 'Old' and 'New'. In: HODGSON, Geoffrey; SAMUELS, Warren; TOOL, Marc (Ed.) **The Elgar Companion to Institutional evolutionary economics**. Aldershot, Edward Elgar, 1994. v. 1, p. 397-402.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: bjetiva, 2009.

HUNT, E. K.; SHERMAN, H. J. **História do pensamento econômico**. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

IRTI, Natalino, A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 46, n. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Aspectos do contrato de distribuição. **Revista de Direito Empresarial e Recuperacional**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 101-111, jul./set. 2010.

KLEIN, B.; LEFFER, K. B. The role of market forces in assuring contractual performance. **Journal of Political Economy**, v. 89, n. 4, p. 615-641, Aug. 1981.

KUPFER, D. Padrões de concorrência e competitividade. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPEC, 20, 1992, Campos do Jordão. **Anais...** Campos do Jordão: ANPEC, 1992.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico e cumplimento de los contratos**. Tradução espanhola de Carlos Fernández Rodríguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002.

LEVADA, Cláudio Antônio. Anotações sobre o abuso de direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 69-78, jul./set. 2002.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de direito mercantil e leis de marinha**: Tomo 5: Dos contratos mercantis. Lisboa: Imprensa Régia, 1811.

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

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical,neoclassical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1988.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 339-348.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Os princípios do Direito Cambiário. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades III: da princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 571-584.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Rafael Manhães. O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de direito civil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 12, n. 40, p. 11-19, jan./mar. 2008.

MARTINS, Ricardo Silveira; XAVIER, Wescley Silva; SPROESSER, Renato Luiz. Custos de transação nas operações de exportação de café na região sul de Minas Gerais. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, Lavras, v. 12, n. 3, p. 411-422, 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/878/87816935007.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva: Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado o CADE: critérios da interpretação contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, p. 87-126, out. 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ,** Brasília, n. 27, p. 113, out./dez. 2004.

MASKIN, Eric. Entrevista: incentivos sob medida. Por Mônica Weinberg. **Veja**, São Paulo, n. 2053, 26 mar. 2008.

MASTEN, Scott E. **Contractual choice**. University of Michigan Law School,1998 Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=142933>. Acesso em: 17 jun. 2014.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 168.827. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 04/11/2013. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 08 nov. 2013.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEMA, Steven; MERCURO, Nicholas; SAMUELS, Warren. Institutional law and economics. In: ELGAR, Edward; (Ed.). **Encyclopedia of law & economics.** University of Ghent, 1999. p. 418-455. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0520book.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2015.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 1.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 8

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. v. 6.

MENEGUIM, Fernando. **Como as leis e o poder judiciário afetam a economia?** Brasil, Economia e Governo, 13 fev. 2011, Disponível em:<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/02/13/como-as-leis-e-o-poder-judiciario-afetam-a-economia/>. Acesso em: 21 mar. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0024.04.259061-2/001. Relator: Marcelo Rodrigues, julgado em 20/03/2013. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 01 abr. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0024.06.098498-6/001. Relatora: Márcia de Paoli Balbino, julgado em 17/05/2012. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 25 maio 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0027.01.013.067-5/001. Relator: Eduardo Mariné da Cunha, julgado em 06/06/2007. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 06 set. 2007.

MIRAGEM, Bruno. Abuso de direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 94, v. 842, p. 11-44, dez. 2005.

MORRISON, Ken. **Marx, Durkheim, Weber, formations of modern social thought**, 2. ed. London: Sage Publications, 2006.

NAVES, Bruno Torquato. Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. In: FIUZA, César; SÀ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno (Org.). **Direito civil:** atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código Civil comentado.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NIED, Paulo Sérgio. **O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade**. Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=21be9a4bd4f81549>. Acesso em: 22 ago. 2015.

NORTH, Douglas C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97-112, Winter, 1991.

NOVAES, Gretchen. **A teoria da base do negócio jurídico na revisão dos contratos de consumo**. 2010. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010.

OLIVIERI, Antônio Carlos. **Aristóteles**: o mundo da experiência, as quatro causas, ética e política. UOL Educação, 21 set. 2006. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/aristoteles-o-mundo-da-experiencia-as-quatro-causas-etica-e-politica.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1220773-9. Relator: Victor Martim Batschke, julgado em 19/05/2015. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 14 jul. 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 173579-5. Relator: Miguel Pessoa, julgado em 07/11/2005. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 25 nov. 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 395835-6. Relator: Arno Gustavo Knoerr, julgado em 22/10/2009. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 14 dez. 2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 778228-5. Relator: Victor Martim Batschke, julgado em 29/11/2011. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 12 out. 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 963.420-0. Relator: Espedito Reis do Amaral, julgado em 15/07/2014. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 21 ago. 2014.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica**: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PARETO, Wilfredo. **Manual de economia política**. Trad. João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 11, jul./set. 2002.

PENTEADO, Luciano de Carmargo. Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: volume 3: contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIMENTA, Eduardo; BOGLIONE, Stefano. Princípios e conceitos fundamentais de análise econômica do direito. In: MARÇAL, Antônio et al. (Org.). **Os princípios da construção do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 294p.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. (Texto para discussão, 11125). Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1125.pdf> Acesso em: 1 abr. 2015.

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

POMPEU, Renata Guimarães. **O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da concidadania**: por uma visão crítico-construtiva da relação jurídica contratual. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

POSNER, R. **Economic analysis of law.** 6. ed. Boston: Little Brown, 2003.

POSNER, R. The economic approach to law. **Texas Law Review**, v. 53, p. 757-782, 1975.

POSNER, R. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

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

PUTNAN, R. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1980.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 256p.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 302040. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 07/08/2013. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 13 ago. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1377908. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/05/2013. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 01 jul. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70024271926. Relator:. Des. Leo Lima, julgado. em 13-05-2009. **Diário de Justiça**, Porto Alegre, 24 jun. 2009.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil**: uma análise de direito e economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALAMA, B. M. **O que é "direito e economia"?** uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. Rio de Janeiro: FGV, 2007. (Artigo Direito GV: Working Paper; 3).

SAMUELS, Warren J. The present state of institutional economics. **Cambridge Journal of Economics**, v. 19, n. 4, p. 569-590, 1995.

SANT'ANA, Maria Fabiana Seoane Dominguez . Contrato de distribuição e concessão mercantil. **Revista Sapere Aude**, Ano 3, n. 5, 2014. Disponível em: <http://revistasapereaude.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=160&mid=208&fileid=269 >. Acesso em: ago. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 250.873. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 01/02/2013. **Diário de Justiça**, São Paulo, 08 fev. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0000677-24.2010.8.26.0602. Relator: Enio Zuliani, julgado em 13/09/2011. **Diário de Justiça do Estado**, São Paulo, 29 set. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586. Relator: Henrique Rodriguero Clavísio, julgado em 29/01/2014. **Diário de Justiça**, São Paulo, 12 fev. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0108755-05.2006.8.26.0004. Relator: Dimas Carneiro, julgado em 17/10/2013. **Diário de Justiça**, São Paulo, 23 out. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0165440-93.2010.8.26.0100. Relator: Renato Sartorelli, julgado em 24/03/2014. **Diário de Justiça**, São Paulo, 27 mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0180417-27.2009.8.26.0100. Relator: Gilberto dos Santos, julgado em 14/07/2011. **Diário de Justiça**, São Paulo, 15 set. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0182861-41.2006.8.26.0002. Relator: Carlos Abrão, julgado em 28/08/2013. **Diário de Justiça do**, São Paulo, 09 set. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1006474-83.2014.8.26.0032. Relator: Enio Zuliani, julgado em 11/03/2015. **Diário de Justiça**, São Paulo, 19 mar. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9000007-84.2009.8.26.0368. Relator: Teixeira Leite, julgado em 15/10/2013. **Diário de Justiça**, São Paulo, 21 out. 2013.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal***.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas***.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

SAUSSIER, Stéphane, Transaction cost economics and contract duration: an empirical analysis os EDF coal contracts. **Recherches Economiques de Louvain – Louvain Economic Review**, v. 65, n. 1, p. 3-21, 1999

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHUMPETER, J. A. **História da análise econômica**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. v. 1.

SEBRAE. **Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira**. Brasília: SEBRAE, 2014. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHOTTER, Andrew. The economic theory of social institutions. **Journal of Economic Issues**, v. 16, n. 1, p. 333-335, mar. 1982.

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, José Ferreira da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPEIDEL, Richard E. Article 2 and relational sales contracts. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 26, p. 789-810, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1789&context=llr> Acesso em: 16 maio 2014.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico E Financeiro**. São Paulo, n. 144, p. 221-235, out./dez. 2006.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-136.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 790, p. 12-43, ago. 2001.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo***.* 9 ed. Trad. Irene de Q. F. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira.1994.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasilia: Ed. UNB, 1991. v. 1.

WEBER, Max. **História económica general**. Traducción y Prefacio de Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

WEBER, Max. **História geral da economia**. Trad.Calógeras A Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou.1968.

WEBER, Max. **O político e o cientista.** Trad. Carlos Grifo Babo. Lisboa:Editorial Presença. 1979.

WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade.** Trad. Marsely de Marco Martins São Paulo: Ícone, 2011. 333 p. (Coleção Fundamentos do direito).

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILLIAMSON, O. E. Credible commitments: using hostages to support exchange*.* **American Economic Review**, v. 73, n. 4, p. 519-540, Sept. 1983.

WILLIAMSON, Oliver E. **Las instituciones económicas del capitalismo***.* México: Fondo de Cultura Económico. 1989.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies**: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relational contracting. New York: The Free Press, Macmillan, 1985. 450p.

WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. **American Economic Review**, v. 61, n. 2, p. 112-123, May, 1971.

WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio. **Estruturas de governança e coordenação do *agribusiness***: uma aplicação da nova economia das instituições. 1995. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Economia, Departamento de Administração, São Paulo, 1995.