

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

DIREITO EMPRESARIAL

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andre Lipp Pinto Basto Lupi; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-572-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I tratou de temas atuais e relevantes da matéria. Os textos tratam das correlações do direito empresarial com as regras de compliance e governança, das intersecções entre direito e economia, entre direito empresarial e direito da concorrência, e aspectos de direito registral atinentes à atividade empresarial. São trabalhos que contam com perspectivas e fundamentos teóricos relevantes, alguns com pesquisas empíricas e levantamentos para ilustrar ou revelar aspectos da realidade interessantes ao cotejo com matrizes teóricas avançadas.

No âmbito da intersecção entre o direito de empresa, o compliance e o direito penal ligado a crimes econômicos, Marcelo Gonçalves da Unijui traz texto indicando que a punição dos poderosos é difícil. Propõe mudar o conceito de dolo e culpa para esses casos. Valeu-se da análise econômica do direito - AED para algumas validações, referindo ainda a ética negocial por meio de Saed Diniz. Ressalta a necessidade de paradigmas éticos para a economia. Eloah Quintanilha, da Universidade Vieira de Almeida - UVA também traz considerações sobre Compliance, a partir da observação de um tema peculiar, qual seja, o das dificuldades financeiras de gestão das universidades particulares. Referiu o grande número de ações de consumidores, com base em levantamento de 2010 a 2020. Segundo ela, atividade resta prejudicada por processos judiciais decorrentes de erros operacionais dos colaboradores da instituição. Uma forma de reduzir seria melhorar o nível de atenção ao compliance. A mesma autora tratou em outro artigo da abertura à iniciativa privada no Brasil e retração do Estado. Abordou a expansão por instituições novas, especialmente de 2010 a 2015, a guerra de preços do ensino superior e o efeito disso na qualidade de ensino, pois forçou a diminuição dos gastos (professores), com prevalência do objetivo financeiro. Alexandre Eli Alves e Ricardo Barboza, de Araraquara, do Mestrado Profissional, apresentaram o tema de compliance em ME e EPP. Ressaltaram a importância das PMEs, responsáveis por 52% empregos formais. Em contrapartida, têm elevada taxa de mortalidade: 1 a cada 4 fecha a cada dois anos. É o vale da morte empresarial. Dentre as causas: Falta de planejamento; Dificuldade de financiamento; Falta de controle; Confusão de funções; Má gestão. Observaram o compliance das grandes corporações. Propõem um modelo de consultoria inovadora., com 10 itens e atenção ao custo. Os mesmos autores ressaltaram em outro artigo a questão do fechamento das PMEs relacionando-o ao aumento de demandas judiciais.

Em outra linha, mais voltada aos contratos, Amanda Madureira, do CEUMA, com análise econômica do direito sobre casos do STJ, trouxe aportes aos conceitos de força maior, caso fortuito, reforçando o papel do judiciário para essas definições. A mesma autora tratou da função social do contrato e a reforma da LLE. Analisou Informativos do STJ para concluir sobre Interpretação do princípio da função social do contrato. Sugere redimensionar o conceito para conferir mais segurança aos contratos. Helena de Moura Belli, da PUC GO, também tratou da LLE. Reflete sobre a mudança gerada, a partir de amostra no Estado de Goiás, nos anos de 2020 e 2021. Segundo as autoras, o percentual de inscrições como empresa e empresário subiu. Com a revogação do 980-A. Dez de 2022 terá ocorrido a migração completa das EIRELIs. Em Goiás 88,2% são limitadas. No Brasil são 90%. Houve queda expressiva do registro do empresário individual. Atribuíram a mudança à alteração da LLE. O Professor André Lupi também trouxe dois artigos, um em parceria com mestrando Vinícius sobre Onerosidade excessiva nos negócios empresariais, e outro, sobre os contratos de concessão e distribuição na jurisprudência brasileira, enfatizando, em ambos os casos, a linearidade da jurisprudência brasileira em matéria de contratos, em geral deferente ao princípio constitucional da livre iniciativa e seu corolário na teoria geral dos contratos, o princípio da autonomia da vontade.

Ainda houve temas ligados a direito societário, trazidos por Castelo Branco, da Cândido Mendes e Gama Filho. Trata de empresas familiares, adquiridas por investidores. Relata os problemas de descontinuidade muitas vezes visto. Por sua vez, o Professor João Assafin trata da intersecção entre propriedade industrial e direito da concorrência, mostrando os efeitos econômicos dos monopólios assegurados pelo Estado aos inventores e demais titulares de direitos exclusivos de propriedade industrial. Em tema próximo, Erickson Marques, da Uninove, abordou os direitos autorais do coreógrafo, em especial tratando de direitos dos sucessores. Anota haver falta proteção legal e mesmo proposição doutrinária. Dec 78: coreógrafo como executante e não como autor. Na Lei n. 9610, a proteção independente de formalidades. Exteriorização é registro. Paradoxo. Interpretação. Matéria de prova. Criação da obra é suficiente. O registro é apenas meio de prova.

Finalmente, Rejane Guimarães da Universidade de Rio Verde, GO, apresenta texto sobre a ata notarial. Nota dificuldades de prova no ambiente do agronegócio e sugere a ata notarial como prova preliminar, melhor do que medidas cautelares. Sua utilidade estaria para registrar a interferência dos fenômenos naturais e documentar situações.

O INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

HARDSHIP CLAUSES IN BUSINESS CONTRACTS

Vinícius Camargo Zientarski ¹
Andre Lipp Pinto Basto Lupi ²

Resumo

O artigo analisa características dos contratos empresariais no intuito de verificar a pertinência em aplicar o instituto da revisão contratual por onerosidade excessiva à espécie, assim como eventuais limites e restrições. Admitindo que assimetrias encorajam relações jurídico-empresariais e a própria hipersuficiência jurídica inerente à empresa, o artigo observa, à luz dos princípios gerais de direito obrigacional, a dicotomia das relações civis e empresariais e as premissas que motivam a formalização de negócios jurídicos empresariais. Para tal, analisa alguns dos princípios norteadores da teoria das obrigações e contratos presentes no Código Civil de 2002 (paradigma da eticidade, socialidade e operabilidade) em contraste às peculiaridades do contrato empresarial marcado pela avaliação criteriosa de riscos e oportunidades pelas empresas. Finalmente, reflete sobre a pertinência e adequação de aplicar o instituto da onerosidade excessiva, que pressupõe o equilíbrio contratual entre as partes, às relações interempresariais no contexto do livre mercado, marcado essencialmente, por desequilíbrios dos agentes.

Palavras-chave: Onerosidade excessiva, Contratos empresariais, Obrigações, Equilíbrio contratual, Revisão contratual

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends to analyze characteristics of business contracts in order to verify the relevance of applying the contract review institute due to hardship clauses and check their possible limits and restrictions. Admitting that asymmetries encourage business relations and the legal hypersufficiency inherent to the companies, it observes, from the perspective of the general principles of mandatory law, the dichotomy of civil and business relations and what motivate the formalization of corporate contracts. To this purpose, it explores some of the main principles that should guide civil contracts in order to maintain their balance revealed in the paradigm of ethics, sociality and operability of contracts, in contrast to the peculiarities of the business contracts, marked by the careful assessment of risks and opportunities by the

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania

² Professor da UFSC. Doutor pela USP. Pós-Doutor (Universidade de Lisboa). Professor do Mestrado Profissionalizante da UFSC.

companies. Finally, it reflects about the pertinence of applying the hardship institute, to maintain contractual balance between the companies businesses, that act in free market context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hardship clauses, Business contract, Contract balance, Mandatory law, Review institute

INTRODUÇÃO

O Direito empresarial apresenta características próprias que o distinguem dos demais ramos do Direito, decorrentes da evolução da regulação do mercado conforme as necessidades dos próprios agentes nele atuantes. Foi da percepção da carência de um tipo diferente de regulação que surgiu o Direito comercial.

Da mesma forma que a função é distinta, também as relações jurídicas estabelecidas lhe são peculiares, de modo que não parece pertinente a aplicação indiscriminada dos princípios que tutelam as relações obrigacionais civis àquelas que ocorrem no meio corporativo.

A doutrina tende a se dividir sobre a premissa teórica que sustenta um tratamento unitário ou dicotômico do direito privado obrigacional. Enquanto alguns autores preconizam a prevalência dos institutos que visam tutelar a coletividade, como função social e interesse público mesmo no âmbito das obrigações interempresariais, outros postulam que estas obrigações fazem parte de um “sistema” próprio, fechado, em que o ponto de partida é a condição igualitária entre os agentes, em um ambiente em que o risco pode ser opção consciente na busca de melhores resultados.

Nesse contexto, este artigo buscará analisar a pertinência da aplicação do instituto da onerosidade excessiva previsto no Código Civil em seu artigo 478, que pressupõe a manutenção do equilíbrio das partes na contratação e no curso da prestação obrigacional às relações interempresariais, no intuito de compreender a essência do instituto e se, de fato, pode-se aceitar sua incidência para rebalancear prestações no âmbito empresarial.

Para isso, será traçado um panorama geral a respeito da relação jurídico obrigacional – baseado nas disposições do Código Civil de 2002 - identificando os princípios que, à luz da legislação civil, devem permear estas relações. Na sequência, trataremos peculiaridades da relação interempresarial com enfoque nos contratos e sua formação a fim de elucidar eventuais disparidades ou conflitos entre a lógica empresária e os próprios valores a que o Código Civil busca preservar.

Finalmente, será realizada a análise sobre a aplicabilidade do instituto da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais, buscando elucidar suas origens, teorias, conformidade com o interesse manifestado na prática pelas partes negociantes e sobretudo se é adequada sua aplicação, especialmente considerando que as assimetrias são inerentes ao contexto de livre mercado em que ocorrem as relações empresariais.

1. A Relação Jurídico-Obrigacional no Código Civil de 2002

A edição do Código Civil de 2002 fez salientar que no âmbito das relações jurídicas tanto as obrigações quanto os contratos detêm um papel central no âmbito do direito privado, de modo a figurar como elementos dos mais importantes na esfera do direito civil.

É possível conceber-se a hipótese de uma pessoa viver uma vida inteira sem necessidade de conhecer o Direito das Sucessões, o a maior parte do Direito de Família (casamento, regimes de bens...), ou até partes mais significativas do Direito das Coisas. Mas não é possível viver à margem daquelas atividades do dia a dia regidas pelo Direito das Obrigações. (NORONHA, 2003: 92)

O posicionamento do doutrinador Fernando Noronha retirado de sua obra no ano de 2003, logo após a edição do Código Civil já apontava a importância da matéria justamente por sua relação direta com os direitos e deveres assumidos pelas pessoas no dia-a-dia, justamente porque há confluência entre os elementos obrigacionais e o modo negocial em que a sociedade hodierna se organiza. Esta similaridade nos leva ao conceito de obrigação e seus elementos constitutivos que, segundo Flavio Tartuce, são assim elencados:

Reunindo-se os pareceres expostos, sem prejuízo de outros, conceitua-se obrigação como sendo a relação jurídica transitória, existente entre um sujeito ativo, denominado credor, e outro sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa. Havendo o descumprimento ou inadimplemento obrigacional, poderá o credor satisfazer-se no patrimônio do devedor. Desse modo, de acordo com essa construção, são elementos constitutivos da obrigação: *a) elementos subjetivos*: o credor (sujeito ativo) e o devedor (sujeito passivo); *b) elemento objetivo imediato*: a prestação; *c) elemento imaterial, virtual ou espiritual*: vínculo existente entre as partes. (TARTUCE, 2017: 5)

Conforme exposto é através das relações obrigacionais que sujeitos de direito vinculam-se para obter determinada prestação. O contrato, nestes termos, é o elemento que tem o condão de disciplinar e formalizar a relação jurídica entre as partes determinando o que deve ser realizado, sob quais condições, prazo, forma, preço, e as eventuais sanções para os casos de descumprimento, buscando conferir maior segurança jurídica, em teoria, às relações estabelecidas no contexto prático.

Daí porque este conceito jurídico, nas palavras de Roppo, é capaz traduzir a realidade econômico-social subjacente, em termos jurídicos que designam princípios e regras a serem contempladas pelas partes que integram uma relação.

Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além

do mais) mas com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. [...] para conhecer verdadeiramente o conceito do qual no ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração, a realidade *econômico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução. (ROPPO, 2009: 5)

Uma vez revisitado o conceito de obrigação, seus elementos constitutivos e o papel do contrato na disciplina das relações privadas, sobretudo ao estabelecer normas e resumir princípios orientadores da prática negocial, parte-se para a análise das principais características das obrigações preconizadas pelo Código Civil, identificando estes princípios os quais o contrato, via de regra, busca traduzir.

1.1 Princípios norteadores do Código Civil em relação à teoria geral das obrigações e contratos

A principal característica que marca a relação jurídico obrigacional, sem dúvida alguma é a autonomia da vontade das partes. A vontade declarada, livre de vícios ou erros subleva-se à caráter de lei entre as partes que costumavam convencionar de maneira livre os limites e a extensão da obrigação materializada no contrato. O *pacta sunt servanda* consagrada a partir do princípio da intangibilidade sempre foi o principal elemento orientador das relações privadas.

Apesar disso, com o advento do Código Civil de 2002 esse princípio, apesar de ainda figurar como o principal ensejador das relações, passou a sofrer flexibilizações, para que também outros princípios fossem sopesados, consoante elucida o trecho abaixo transcrito:

O Código Civil de 2002 representa uma verdadeira mudança na forma de regular as relações privadas, não mais admitindo a visão individualista e atomista típica das codificações oitocentistas, para passar a proteger a ética, a função social e o reconhecimento dinâmico no trato das relações obrigacionais. [...] torna-se fundamental abordar a necessária sistemática hermenêutica que deverá ser observada na interpretação contratual frente aos princípios norteadores do CC (a sociabilidade, a eticidade e a operabilidade) e os princípios fundamentais do direito dos contratos como forma de fundamentar o que se propõe abaixo, quanto à gradação na aplicação da autonomia privada nos contratos. (REBOUÇAS, 2018: 50-51)

Vislumbra-se a partir do posicionamento identificado por Rebouças que o advento do Código Civil e seus princípios aplicáveis à disciplina contratual levaram à gradativa “relativização” e a aplicação de novas visões hermenêuticas sobre a máxima contratual que

privilegiava a autonomia das partes, sobre qualquer outro elemento, mesmo que externo à relação. Em que pese o *pacta sunt servanda*, todavia se manifeste como a base das relações obrigacionais expressas pelo contrato, sua interpretação deixou de ser absoluta e *inter partes*, em razão da importância de bens jurídicos como a ordem pública, socialidade, ética, função social (REALE, 2003).

A própria análise econômica dos contratos quando contraposta à autonomia privada, na visão do autor, tende a “superar a interpretação individualista do código de 1916, para orientar o aplicador da norma para uma supremacia dos interesses coletivos em relação aos valores individuais [...]” (REBOUÇAS, 2018: 52). Exemplo disso está na disposição expressa pelos artigos 421, 422, 423 478 do Código Civil.

Assim, diante desse paradigma contemporâneo, a teoria contratual contempla outros quatro grandes princípios: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e a função social do contrato. [...] os três grandes paradigmas do CC 2002 são eticidade, sociabilidade e operabilidade [...]. (GODOY, 2019: 437-441)

A partir desta nova perspectiva, expressa também pelo fenômeno crescente da constitucionalização do direito privado, busca-se atribuir uma nova roupagem interpretativa, de modo a consagrar também alguns princípios adicionais na interpretação dos dispositivos contratuais, dentre os quais o princípio da eticidade/boa-fé, princípio da sociabilidade/função social do contrato, e princípio da operabilidade/equilíbrio econômico, este intimamente ligado ao próprio instituto da onerosidade excessiva.

a) *O princípio da boa-fé contratual – Paradigma da Eticidade*

A boa-fé negocial e contratual são consagradas nos artigos 113 e 422 do Código Civil, e estabelecem regras para a interpretação contratual desde sua conclusão como também durante seu curso.

A manifestação da vontade não subsiste apenas sobre si mesma, pois subentende-se que a ela estão agregadas as consequências jurídicas decorrentes, ainda que as partes delas queiram afastar-se. Também isso compreende o dever de colaboração das partes, a fim de que o negócio jurídico produza os efeitos que lhe são próprios, não podendo uma das partes impedir ou dificultar a ação da outra no cumprimento de suas obrigações, ou seja, devem as partes agir com lealdade e confiança. (GODOY, 2019: 90).

Serve como parâmetro também a orientar as partes e o julgador, de acordo com as obrigações estipuladas, usos e costumes do lugar e à luz das premissas da eticidade que

devem permear o contrato.

Há de se salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que, em verdade, só existe na aparência [...] Em sentido diverso, o princípio da boa-fé objetiva – localizado no campo do direito das obrigações [...] trata-se da “confiança adjetivada”, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico. (GODOY, 2019: 441).

Logo, de maneira sucinta se trata do dever de retidão que leva em conta também os interesses da parte contrária, um dever de cooperação para que consensualmente os direitos sejam exercidos pelas partes.

b) A função social do contrato- Paradigma da Socialidade

Ao abordar a função social do contrato, Cezar Peluso faz menção à mudança de paradigma trazida pelo dispositivo no Código Civil:

A teoria contratual, vigente nos moldes do CC/2002, não mais está pautada no paradigma clássico, no qual predominavam a autonomia da vontade e os subprincípios da liberdade contratual, da intangibilidade do pactuado e da relatividade dos contratos. Hodiernamente, em consonância com o direito civil constitucional, a matéria baseia-se em um novo paradigma que atende perfeitamente às novas diretrizes da eticidade, da operabilidade e da socialidade elencadas. [...] Atualmente, as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função de circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol das exigências maiores do ordenamento jurídico, como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum, e o princípio da dignidade da pessoa humana. (GODOY, 2019: 437).

O Código Civil em seu artigo 421 estabelece que a liberdade para contratar será exercida em razão dos limites e da função social do contrato que tem íntima ligação ao princípio da solidariedade previsto no Art. 3º, I da CF. Busca-se alcançar a finalidade da obrigação para além das próprias partes que a pactuam, conforme define Rosenvald: “os limites da liberdade contratual escapam das mãos dos privados, posto preconizados pelas aspirações solidárias do ordenamento” (ROSENVALD, 2019: 437). No mister de Rebouças, “o princípio da socialidade busca superar a visão individualista predominante nas codificações oitocentistas, resultando em uma nova visão do direito privado que busca a superação do interesse individual para a privilegiar o interesse coletivo pelo hermeneuta do direito” (REBOUÇAS, 2019: 52).

Ocorre que via de regra estas expressões não traduzem a vontade das partes e sequer

passam por seu imaginário ao momento da celebração contratual. No ambiente empresarial, embora crescentes as noções de responsabilidade social da empresa, os interesses coletivos não são as principais motivações dos contratos, de modo que a própria disposição do Código Civil se apresenta como uma visão romantizada e orientadora, principalmente dos hermeneutas, haja vista que geralmente são negligenciadas pelas partes.

c) O princípio do Equilíbrio entre as partes – Paradigma da Operabilidade

O princípio que estabelece o equilíbrio das partes, sob o ponto de vista do paradigma da operacionalidade dos contratos, guarda relação direta à análise que será feita acerca da onerosidade excessiva e sua aplicação às relações interempresariais. Isto porque, o princípio pressupõe a manutenção de condições equilibradas da prestação/obrigação de modo a garantir que as partes consigam cumprir aquilo que haviam inicialmente se proposto.

Em primeiro lugar, tem sido referido, como é natural, o princípio do equilíbrio econômico, via de regra, associado aos princípios da função social e da boa-fé, com os quais compõe o conjunto daqueles que se convencionou denominar “novos” princípios do direito contratual. A terminologia é oscilante, aludindo-se também à proporcionalidade, à equivalência, ao sinalagma e à justiça contratual. Prefere-se a expressão “equilíbrio” econômico, por ser mais representativa do conteúdo que se pretende emprestar à fórmula em questão. (MARINO, 2020:39-40)

Na visão de Marino, o princípio caminha junto à boa-fé e à função social desempenhada pelos contratos, entretanto, é preciso lembrar que, diferentemente destas, o equilíbrio econômico se manifesta no Código Civil a partir das figuras da lesão e a onerosidade excessiva, e não propriamente através de uma previsão expressa para sua consecução.

[...] diversamente da função social e da boa-fé, o princípio do equilíbrio econômico não encontra previsão expressa no direito positivo brasileiro. O caminho para a sua construção é a *indução* a partir de algumas figuras, designadamente a lesão e a excessiva onerosidade superveniente (MARINO, 2020:40).

A operabilidade visa garantir, inicialmente a realização do fim a que a relação contratual se propõe e, em um segundo momento, ao admitir eventual revisão contratual por onerosidade excessiva, que se mantenha a possibilidade de prestação quando em virtude de fato superveniente, as condições de cumprimento venham a impedir a prestação por qualquer das partes – refletindo senão situação de justiça contratual, em que se evita a desproporção

entre as prestações.

[...] Pela aplicação do princípio norteador da operabilidade é necessário buscar a adequação e a aplicação da norma jurídica ao caso concreto e às circunstâncias negociais. Procura-se assim pela busca e adequação do plano econômico-social, a aplicação da base objetiva do negócio jurídico consubstanciado na realidade de cada tipo negocial. Vê-se, portanto, que ao operador do direito foi concedido um grande poder de interpretação e adaptabilidade do negócio jurídico contratual por meio das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, como base estruturante do princípio da operabilidade. (REBOUÇAS, 2018: 55-57)

A ideia de base objetiva do contrato, oriunda da experiência germânica, encontra eco na jurisprudência dos nossos tribunais, a exemplo do acórdão do STJ:

A intervenção judicial voltada à resolução do contrato por onerosidade excessiva pressupõe a ocorrência de fato superveniente que altere, substancialmente, as circunstâncias intrínsecas à formação do vínculo contratual, ou seja, a sua base objetiva, de modo a comprometer a equação econômica prevista pelos contratantes. (STJ. REsp n. 1.930.085/AM, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 18/8/2022).

Neste sentido a condição de operabilidade visa garantir condições de prestações proporcionais. A pergunta que se faz, entretanto, é sobre a pertinência de sua aplicação ao ambiente empresarial e principalmente concorrencial, em que há condições técnicas e jurídicas de previsão de alguns desequilíbrios que podem onerar a relação contratual.

Sabe-se que o Direito é reflexo dos fenômenos sociais que disciplina e também interage, entretanto, devem essa gama de princípios também ser adotadas no âmbito de relações entre empresas, em que objetivo, finalidade, *modus operandi*, contexto e até mesmo eventuais omissões contratuais, fazem parte de um sistema próprio e meticulosamente articulados antes mesmo da manifestação da autonomia das partes em realizar o negócio? Bertrand Wanderer assevera que não, *ipsis litteris*:

Embora a unificação das obrigações implique a superação do que Comparato chamou de “duplicidade de normas legais, referente a algumas obrigações privadas”, isso não leva à conclusão de que ambos os sistemas, civil e comercial, estariam submetidos a idênticos princípios. O Código Civil de 2002 realmente promoveu a eliminação da referida duplicidade, mas os princípios peculiares da matéria não foram sepultados. Em outras palavras, hoje, o direito comercial é visto como novo direito do mercado. (WANDERER, 2018: 18)

Referido tema será tratado com maior ênfase no próximo item deste artigo, em que vos será apresentado as principais características das relações contratuais interempresariais e suas peculiaridades.

2. Peculiaridades do Contrato Empresarial

Algumas das peculiaridades inerentes ao contrato interempresarial estão ligadas à própria especificidade deste ramo de direito. A especificidade do direito empresarial repousa basicamente em três pilares: a rapidez, a segurança e o crédito. Ele exige um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere nos negócios, a tutela da boa-fé e a simplificação da movimentação de valores, tendo em vista a realização de negócios em massa. (WANDERER, p.18).

[...] De modo geral, pode-se apontar três características específicas dos contratos empresariais, além das já mencionadas anteriormente, a saber: i) objetivação; ii) impessoalidade ou patrimonialização; e iii) mercadorização. A primeira característica, que consiste em uma acentuada objetivação é, por definição, “uma atividade estável e continuada cujo sucesso depende em larga medida da sua autonomia face às vicissitudes pessoais dos empresários, singulares ou colectivos”. Quanto à segunda característica, é marcada por um vínculo entre dois patrimônios, cujos titulares tendem a mudar indefinidamente, sem afetar a subsistência e a estrutura da obrigação, “tendem a separar-se da pessoa do credor ou devedor para se converterem num valor patrimonial objetivo e autônomo (um activo ou passivo, consoante os casos) vocacionado a circular no tráfico *jus* empresarial. Já a terceira característica, como salienta Engrácia Antunes, é marcada por uma profunda permeabilidade à regulação jurídica do mercado em sentido amplo (ANTUNES, apud WANDERER, p. 102).

A fim de retratar as peculiaridades inerentes aos contratos empresariais que servirão de base para a discussão acerca da coerência na aplicação do instituto da onerosidade excessiva à modalidade, utilizar-se-á do conceito apresentado por Paula Forgioni que leva em consideração a atividade empresarial enquanto reflexo do mercado – teia contratual.

A empresa não apenas “é”; ela “age”, e o faz por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*. Sua abertura para o ambiente institucional em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que [o]s modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixes de relações contratuais”. A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a *empresa é agente econômico*. [...]. Essa ação recíproca [empresa – outros agentes] interessa ao Direito na medida em que dá à luz *contratos e, conseqüentemente, relações jurídicas*. (FRGIONI, 2020: 23)

Para a autora o tráfico mercantil concretiza-se por meio dos contratos na medida que a empresa celebra contratos com diferentes categorias de agentes econômicos e compreender o perfil destes contratos requer a classificação conforme o sujeito com quem a empresa relaciona (FORGIONI, 2020: 27-28).

A atenção do comercialista recai sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, em que somente empresas fazem parte da relação. [...] Por mais incrível que possa parecer, esse método de análise da realidade do mercado descortina visão jurídica pouco usual entre nós, porquanto: (i) considera como objeto do direito comercial apenas contratos celebrados entre empresas [ou contratos interempresariais, e aqueles em que os partícipes tem sua atuação plasmada pela procura do lucro]; e (ii) coloca em relevo a necessidade do esboço da teoria geral que leve em consideração as peculiaridades dos contratos interempresariais no *contexto do mercado* [que visualize a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir].

É possível verificar, a partir da visão da autora, a conceituação da empresa como agente econômico e, portanto, elemento que integra e ajuda a construir o que chama de “mercado”. Respectiva caracterização ganha especial relevância pois na medida que constitui o mercado e nele está inserido também deverá obedecer a um conjunto de regras próprias deste contexto, seja em relação à constante persecução do lucro, seja em relação ao risco, inerente à própria atividade empresarial e mercado.

Daí porque um dos diferenciadores da atividade e contratos empresariais em relação aos contratos de natureza civil que não são celebrados entre empresas é o lucro como motivador da vontade comum das partes. Veja, mais do que a simples busca por apenas um dos sujeitos da relação, é possível vislumbrar que quando estamos no âmbito de contratos interempresariais este é o fator que motiva ambas as partes, apesar de assumirem posições diferentes na relação.

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados. (FORGIONI, 2020:39)

Bertrand Wanderer ao realizar a análise do tema, aponta para o fato de que os contratos civis não têm no lucro sua razão precípua de ser e tampouco são dotados do aspecto profissional inerente à empresa, ao passo que o traço marcante dos contratos interempresariais é a busca do lucro como atividade finalística, ou seja, há a expressa organização dos fatores para almejando justamente a vantagem econômica:

[...] outro fator a diferenciar os contratos interempresariais dos civis é o fato de que naqueles o lucro é almejado pela empresa como sua atividade profissional, finalística; enquanto nestes, ainda que se pretenda alcançar alguma vantagem econômica no negócio, não tem nisso a sua razão de ser. Pode-se afirmar que, hodiernamente, o direito comercial cuida de toda e qualquer atividade econômica

exercida com profissionalismo, intuito lucrativo e finalidade de produzir ou fazer circular bens ou serviços [...] É certo que esta espécie de negócio jurídico reúne elementos de distinção em relação aos demais contratos, em razão de sua execução continuada, de seus sujeitos e função (WANDERER, 2018: 56)

O autor chama a atenção que os contratos não tendem a ser algo esporádico, na medida que é através deles que se materializa a atividade empresarial de busca de riqueza que é algo constante, reiterado no tempo continuamente e que é celebrado para a que função específica de rentabilidade seja cumprida. Nestes termos o objetivo do contrato interempresarial guarda relação direta com os princípios assegurados pela ordem econômica constitucional de livre iniciativa e concorrência mesmo entre as partes que celebram um contrato.

Vale destacar como traço marcante adicional, que os contratos celebrados entre empresas apresentam aspectos diferenciadores na própria formação haja vista que a organização dos fatores produtivos faz presumir maior critérios para a seleção de parceiros, a seleção de advogados, processos de avaliação de riscos empresariais e *hindsight effect*, rodadas de negociações, documentos preliminares que são produzidos ainda nestas fases, meticulosa redação de dispositivos, que revelam senão a complexidade organizacional e destoam das relações entre particulares civis, trabalhistas ou mesmo de consumo. Segundo Forgioni, algumas omissões e dubiedades podem, inclusive ser propositais e integram o emaranhado da relação contratual forjada entre empresas:

Os advogados não costumam ser contaminados pelo otimismo dos agentes econômicos e, no exercício profissional, tendem a trazer para o presente, discussões futuras, ou seja, procuram resolver de antemão os problemas que conseguem antecipar. Enfrentam resistência de seus próprios clientes que, por força de sua profissão, querem celebrar o negócio que lhes parece vantajoso. Esse excessivo otimismo leva muitas vezes a evitar discussão e a disciplina de pontos controvertidos. A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do comportamento estratégico das partes que, visando à realização da transação, evitam enfrentar aspectos que poderiam ameaçá-la. (FORGIONI, 2020:86)

As características presentes na formação somente revelam a íntima relação do texto do contrato com a atividade prática que ajuda a construir os significados dos termos ali expostos. Portanto é essencial identificar que apesar de serem regidos por um mesmo Código Civil, os contratos empresariais e os contratos civis se submetem à lógicas interpretativas diferentes justamente porque suas causas, formação, princípios, ideia de eficiência e as próprias características do agente econômico, apresentam divergências.

Essa peculiaridade decorre da realidade, da prática, dos “usos e costumes da praça”.

Qualquer comerciante – e isso é mais do que reconhecido por nosso direito positivo – leva em conta o “padrão de normalidade” do mercado [= prática, usos e costumes] para pautar o seu comportamento, para calcular a jogada da contraparte, diminuindo o fator risco e aumentando a eficiência de sua atuação e do sistema como um todo. A tradicional proteção e o reconhecimento da força normativa dos usos e costumes pelo direito positivo comercial tem esse sentido de possibilitarem o cálculo do futuro e pautarem a atividade conforme a intenção de assunção de determinado risco. (FORGIONI, 2020:221)

Em oposição ao que o Código Civil assevera como a função social do contrato, a doutrina empresarial volta sua análise às causas e função econômica do negócio, o racionalismo do comerciante e seu objetivo de mercado, que acabam por refletir a própria intenção dos agentes econômicos. Nota-se, portanto uma marcante função econômica em sua concepção que ultrapassa a mera manifestação de vontade para o sujeito singular, mas que ao contrário disso, apresenta uma estreita ligação com a finalidade empresária, o lucro, seus riscos, ou seja, representam uma escolha consciente da empresa que abdica de outras possibilidades com a finalidade de materializar contratualmente possibilidade válida e previsível.

Neste sentido, a previsibilidade é um dos elementos *sui generis* nos contratos realizados entre empresas porquanto um dos fatores atenuantes do risco inerente à atividade empresarial. Isto quer dizer que um dos principais motivos para a celebração de um contrato no âmbito empresarial, para além da finalidade econômica, é a segurança jurídica materializada na declaração de vontade das partes e sua exigibilidade.

O risco é inerente à atividade empresarial. Entretanto, se não é possível eliminá-lo, ao contrário se pode relativizá-lo. Trata-se da possibilidade de distribuição ou alocação dos riscos do negócio pelos agentes econômicos, a qual se concretiza por meio da formalização do contrato. Desse modo, o contrato desempenha uma função econômica, ou seja, de reduzir e alocar/distribuir riscos entre as partes. (WANDERER, 2018: 108)

Ademais o próprio aspecto racional e de mensuração de riscos se justifica de modo a que a interpretação contemple aspectos de segurança jurídica e previsibilidade. Forgioni ainda destaca que além da racionalidade econômica a racionalidade jurídica no âmbito das empresas também informa a atividade de interpretação contratual (2020:234).

As características até aqui elencadas servem de base para que se possa compreender que a manifestação das vontades nos contratos empresariais, obedece à lógica própria, do mercado em que as condições, pontos de partida, causas, efeitos e motivações não são idênticas àquelas que os princípios estabelecidos no Código Civil autorizam ao legislador a intervenção estatal. Há, portanto, no próprio direito empresarial certos aspectos de auto

referência que fazem sentido naquele contexto e, naturalmente filtram as informações e interpretações que obedecem à lógica distinta, atenta à sua função social, que é a de resolver os conflitos comerciais com a menor perturbação social possível (LUPI, 2019, 41-44).

Não se quer com isso negar a possibilidade de intervenção ou aplicação de premissas equitativas, justas, dos paradigmas da socialidade, eticidade e operabilidade, mas advertir que que até mesmo à luz do preconizado no parágrafo único do artigo 421 do Código Civil estas intervenções devem ser mínimas e excepcionais. Com a Lei da Liberdade Econômica, este conceito foi cristalizado no Código Civil:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada

Daí que a doutrina assim reconheça:

Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício das profissões, garantidas em toda a sua plenitude pela [...] Constituição. O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as consequências dos contratos livremente realizados. Por essa forma, o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação da liberdade e da atividade individual, garantindo os seus efeitos [...]. (FORGIONI, 2020:42)

O conceito está diretamente relacionado aos princípios que asseguram a ordem econômica constitucional e por fim, relaciona-se também ao papel exercido pelo Estado em relação à livre iniciativa, concorrência e liberdade das partes em contratar.

O que se pondera é que os contratos interempresariais via de regra, são meticulosamente idealizados pelas empresas que vislumbram sua possibilidade de lhes conferir vantagens e também as eventuais fragilidades que podem lhe trazer prejuízo ou onerar a prestação. Essa análise e adesão consciente sobre as vicissitudes contratuais representa o próprio risco consciente assumido e inerente à atividade. O risco de “não lucrar” de uma da parte pode ser justamente o que fundamenta a adesão da outra, e sua possibilidade de lucro, razão pela qual o desequilíbrio em si, pode vir a constituir um dos fatores inerentes ao risco.

Com isto em mente passaremos à verificação da pertinência e adequação à aplicação dos preceitos de onerosidade excessiva aos contratos celebrados entre empresas.

3. Adequação da Onerosidade Excessiva ao Contrato Interempresarial

O instituto da onerosidade excessiva contemplado pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 478 é vislumbrado, em certas ocasiões, como mecanismo de flexibilização da força, tradicionalmente conferida à autonomia das partes, em prol da concretização do paradigma da operacionalidade dos contratos. O Código Civil de 1916 não trazia esta hipótese fazendo reinar inequívoca a vontade das partes como elemento principal nas convenções.

O CC/1916 não cogitava da onerosidade excessiva. Seguimos o modelo oitocentista do *pacta sunt servanda*, pelo qual as convenções eram leis entre as partes (art. 1.134 do Código Francês de 1804) e o conteúdo contratual era intangível exceto pelo mesmo consenso que a ele dera origem. Todavia, o CC/2002 mitigava a rigidez contratual. [...] ao disciplinar a excessiva onerosidade superveniente, o legislador procurou dar resposta ao problema da alteração de circunstâncias. (GODOY, 2019: 521)

Conforme posto, a materialização do artigo 478 e seguintes foi a resposta encontrada pelo legislador à eventuais alterações de circunstâncias no curso dos negócios e contratos celebrados, que causavam desequilíbrio incapaz de permitir o cumprimento das obrigações. Os critérios para sua aplicação também foram definidos pelo Código e remetem à onerosidade na prestação experimentada por uma das partes que implique em extrema vantagem à outra. Ademais a situação deve ter origem em acontecimento superveniente e extraordinário, - imprevisível.

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 de citação.

Da leitura do artigo, pode-se extrair que a aplicação do instituto depende da efetivação prática de alguns requisitos como: (i) a existência e vigência de um contrato de prazo / execução continuada; (ii) a existência de condição externa e superveniente que cause desequilíbrio na prestação – risco anômalo; (iii) onerosidade para um dos contratantes e benefício exagerado para outros – além da correlação ou nexos entre o evento superveniente e a onerosidade suportada.

Caio Mário da Silva Pereira ainda pondera que estes eventos extraordinários e imprevisíveis devem se estender para uma camada significativa da sociedade, fato que não justificaria a apreciação subjetiva do desequilíbrio da prestação (2007, p. 165).

Logo, a imprevisibilidade aqui posta não deve ser entendida simplesmente sob o ponto de vista subjetivo, ou seja, aquilo que as partes poderiam haver previsto e deixaram de fazê-lo, mas sim sobre o caráter extraordinário – aquilo que mesmo diante do exercício lógico de ponderação das partes, constitui acontecimento *sui generis*, que “fuja” ao poder de imaginação e previsão e tampouco guarda relação com variáveis que por uma digressão lógica poderiam permitir identificar variação das condições do negócio.

A lei fala em imprevisível, e não em *imprevisto*: motivo imprevisível, acontecimento imprevisível. Imprevisível qualifica o fato, enquanto *imprevisto* descreve o estado de espírito do agente. Assim, a imprevisibilidade só pode ser objetiva, pois independe da análise da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anômalo ou anormal. Dessa forma, a imprevisibilidade se conecta intimamente com a extraordinariedade do evento. O extraordinário reforça o imprevisível. Conjugando-se os dois qualificativos, temos que só os riscos absolutamente anômalos e subtraídos da possibilidade de razoável previsão e controle dos operadores econômicos são capazes de levar o contrato à resolução. (GODOY, 2019: 522)

O dispositivo, nestes termos, remete à teoria da imprevisão que parte de uma visão sistêmica contemplativa do contrato e sua realidade social e possibilita a alteração das circunstâncias inicialmente estabelecidas no intuito de reestabelecer o equilíbrio da relação, se eventualmente este tiver sido alterado, de modo a possibilitar a prestação em novos termos, antes mesmo da extinção do contrato.

A teoria da imprevisão considera o contrato não como negócio isolado, mas como algo que se insere dentro de uma realidade e está sujeito às incertezas inevitáveis, próprias e imanentes do futuro. Assim, ela é aplicada quando há modificação das circunstâncias de forma a onerar excessivamente uma das partes, isto é, busca retomar o equilíbrio quando os contratantes não vislumbram mais a mesma realidade em que foi celebrado o contrato. Em última análise, ela está relacionada com o contrato no tempo, e seu objetivo é tutelar as partes da alteração da realidade que era desconhecida no momento da realização do contrato. (WANDERER, 2018: 137)

Apesar disso, não são contempladas nestas hipóteses, a mera variação de preços de um ativo ou *commodities*; eventuais variações cambiais que tornem onerosa a prestação ou mesmo situações pontuais que causem desequilíbrio uma vez que são situações inerentes ao risco negocial e que a dificuldade de auferir a real variação, não compromete a possibilidade de previsão sobre sua incidência.

Os eventuais questionamentos à aplicação do instituto aos contratos empresariais, entretanto tem como ponto de partida a própria condição igualitária das partes ao momento da celebração, considerando os diferentes enquadramentos empresariais, sua constante exposição

ao risco e busca do lucro. Ao admitir que ambas buscam auferir vantagens pecuniárias mas ocupam polos distintos na prestação é natural que haja diferenças significativas e até mesmo onerosas na própria disposição inicial do negócio, *ipsis litteris*:

Não parece haver, *in abstracto*, orientação normativa no sentido de prescrever idênticas posições jurídicas às partes de uma relação contratual. Ao contrário, o regime dos contratos típicos caracteriza-se pelo delineamento de direitos e obrigações – ou, mais precisamente, de posições jurídicas ativas e passivas – distintos, conforme o polo da relação. A disparidade está relacionada à natural desigualdade de interesses dos contratantes, sobretudo em se tratando de contratos sinalagmáticos. Adotada a perspectiva da obrigação, tampouco se podem afirmar paritárias as posições tituladas pelo credor e pelo devedor da prestação. (MARINO, 2020: 46)

Ademais, há quem assuma que a responsabilidade pela diligente busca de informações sobre o contrato e fatores que podem vir a alterá-lo, onerá-lo ou comprometerem sua execução ao longo do tempo é fator que também está ligado ao risco empresarial e que diferentemente do que ocorre nos contratos civis, tem previsão possível em razão da profissionalização da atividade. Ademais a assunção de estratégias equivocadas e o próprio cometimento de erros fazem parte do contexto empresarial, oneram a empresa e nem por isso devem ensejar a revisão.

Sabe-se que os contratos de execução diferida justamente pela característica da continuidade e prolongamento no tempo, tendem a não apresentar a completude de previsões presente em um contrato pontual. Assim sendo, sempre terão um “q” de incompletude, e justamente por isso as alterações em sua substância quando avaliadas sob a ótica do empresário devem ser vislumbradas com rigor e de maneira restritiva. É preciso lembrar que em algumas modalidades contratuais a aposta em fatores futuros é a origem do lucro empresarial (contratos de *derivativos / swaps*). Ainda o risco também é fator que integra o preço das operações, do qual notamos a categoria específica de contratos (*hedge* p. ex.) que visam mitigá-lo.

Percebe-se assim que os próprios enunciados que orientam a interpretação do artigo 478 do Código Civil destoam da lógica empresarial restritiva e que confere diferenciado valor à autonomia privada, corroborando à ideia de que este ramo do direito possui “princípios” específicos – próximos à lógica de mercado - que não se enquadrariam no *modus operandi* da realização e interpretação dos demais contratos civis:

Enunciado n. 175, CJF: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do CC, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.

Enunciado n. 176, CJF: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do CC/2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

Outrossim, deve-se ponderar que a leitura do dispositivo legal apresenta como opção primeira a resolução do contrato e não sua continuidade ou alteração. É somente no dispositivo seguinte (art. 479) que o legislador faculta – a apenas uma das partes – diga-se de passagem, a possibilidade de modificação equitativa. Na medida que são institutos que se encontram no mais das vezes em rota de colisão à autonomia manifestada pelas partes na celebração do contrato, pensamos que a aplicabilidade não deveria estar condicionada à interpretação do legislador *a maiore ad minus*, mas disciplinada com maior grau de detalhamento.

Paula Forgioni firma seu entendimento de que o artigo 478 deve ser interpretado juntamente ao preconizado pelo inciso III do art. 421 – A e art. 3º, VIII da Lei 13.874 de 2019:

Sob o prisma da política pública a ser implementada, há duas questões a sopesar: a obrigatoriedade dos contratos e a ineficiência de se manter um agente vinculado a um negócio desequilibrado, porque algo imprevisto aconteceu. [...] Se o sistema admitir a revisão contratual ou a liberação do vínculo por qualquer simples percalço, ruirá a obrigatoriedade dos contratos e restará prejudicado o fluxo de relações econômicas. No limite, para se livrar de um negócio que não mais se mostra vantajoso, bastaria ao construtor alegar que “choveu acima da média” em determinado mês. Por outro lado, se o sistema exigisse o cumprimento da palavra empenhada a qualquer custo, mesmo diante do imprevisto e do imprevisível, os custos de transação seriam levados a um patamar que poderia até mesmo inviabilizar os contratos duradouros. [...] O inciso III do art. 421-A veio a repisar essa regra, que já decorre do art. 478 do Código Civil, estabelecendo que a modificação contratual “somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”. Reanima-se assim, a regra geral que privilegia o *pacta sunt servanda*. O inciso III do art. 421 – A deve ser lido em conjunto com o art. 3º, VIII, da Lei 13.874, de 2019. Nos contratos paritários, as empresas podem livremente regular os critérios para a revisão contratual, sendo-lhes possível alocar até mesmo o risco imponderável. (FORGIONI, 2020: 279)

Em posicionamento mais restritivo, entretanto, Wanderer pondera que à esta modalidade contratual a simples existência do fator risco, afasta a aplicabilidade do instituto da onerosidade excessiva:

[...] nos contratos empresariais, compreendidos como aqueles 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, as partes serão tidas como em igualdade de condições quanto à capacidade de expressa 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 imprevisão e da onerosidade excessiva como fatores justificadores de alterabilidade de suas

cláusulas, inviabilizando, portanto, sua aplicação aos contratos interempresariais. (2018:159)

A posição adotada neste artigo leva em consideração tanto a especificidade do direito empresarial quanto às premissas constitucionais e civis de justiça contratual e redução de desigualdades. Isso somente é possível ao assumir que o risco é típico da atividade empresarial e que o fato extraordinário e imprevisível ao qual o artigo 478 menciona não se insere nesse rol de elementos mercadológicos, consolidados pela própria prática comercial e que constituem o risco. É notável que a disciplina aplicável aos negócios jurídicos entre empresas deve ser diferenciada e a revisão contratual ou sua modificação devem ser observadas criteriosamente, considerada a excepcionalidade e impossibilidade de previsão dos acontecimentos que venham a onerar o negócio, o que não autoriza, entretanto a indiscriminada revisão ou resolução da obrigação partindo das mesmas premissas aplicáveis aos contratos de particulares.

Nesta linha, tem-se que a inserção do artigo 421-A no Código Civil trazida pela Lei de Liberdade Econômica tem um impacto na redução das possibilidades de aplicação do instituto da onerosidade excessiva às relações comerciais. A função do instituto, porém, é a de preservar o contrato, de modo que ele não deve ser afastado do âmbito comercial. Entretanto, sua aplicação não deve estar baseada em preceitos de justiça distributiva. Parece ter sido essa a intenção do legislador ao inserir esse preceito, que tem a seguinte redação:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Como se percebe, a intenção foi a de reduzir as chances da banalização da invocação da onerosidade excessiva e do desequilíbrio contratual que poderia ser previsto pelos contratantes no momento da formação do vínculo ou que seria razoavelmente antevisto por pessoas experientes em seu mister, como são as empresas e os empresários. Com essa redação, as partes poderão, caso queiram, limitar ou ampliar as possibilidades de revisão contratual por onerosidade excessiva. Num contrato de longo prazo, concluído após longo processo negociador, é natural que as partes procurem preservar o vínculo, ampliando as

possibilidades de revisão. O contrário em contratos de prazo mais curto ou de formato padronizado no mercado, caso em que a revisão não deve ser aceita de modo extensivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da onerosidade excessiva é útil às relações contratuais. No âmbito civil e de relações privadas em que não se verifica a organização e a complexidade dos fatores de produção, não há dúvida de que cumpre papel ímpar na orientação e correção de assimetrias eventualmente oriundas de hipossuficiência jurídica, econômica, informacional ou técnica sobre o negócio celebrado. Se mostra apto também a corrigir situações em que há relevante diferença de saberes entre as partes, mesmo pessoas físicas, de situações que podem vir a onerar ou comprometer, inconscientemente, somente a uma delas.

Atende, portanto, no âmbito das relações civis aos ditames de justiça contratual ao passo que impõe a necessidade de equilíbrio nas prestações tanto no momento da celebração do contrato quanto ao período de sua execução, ao que se busca garantir condições paritárias da prestação.

Neste sentido, se interpretados puramente à luz dos paradigmas da eticidade, operabilidade e socialidade - que tem o legítimo interesse em proporcionar o resguardo de condições possíveis de cumprimento das obrigações, mesmo quando significativamente alteradas as prestações inicialmente convencionadas – podem no âmbito civil garantir a viabilidade das relações, mas no contexto empresarial desencadear assimetrias.

Isto porque a conclusão que se chega é que as relações jurídicas entre empresários não podem se submeter à interpretação com base nas mesmas premissas e princípios aplicáveis às relações civis e consumeristas. Daqueles exige-se o profissionalismo, a busca de informações, o conhecimento prévio das variáveis do mercado e a meticulosa avaliação de riscos como fatores a maximizar o lucro, finalidade da empresa.

Todavia é preciso ter em mente que nos negócios interempresariais a igualdade de condições seja no início da prestação quanto em sua constância é meramente formal pois ambas as partes visam auferir o lucro e este pode advir da onerosidade à outra – devidamente avaliada e ponderada. Justamente em razão disso, as desproporções ou assimetrias dos contratos interempresariais devem ser criteriosamente analisadas, com as ressalvas de que não obstem a própria finalidade lucrativa de uma das partes do negócio.

Conforme foi possível extrair dos entendimentos dos autores mencionados, o desequilíbrio objetivo constitui uma das características do negócio, irremediável uma vez que

sujeito ao próprio ambiente empresarial – e que não tem o condão de por si só macular o negócio ou contrato.

Neste sentido a aplicabilidade da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais deve ser assentida com a devida parcimônia sob pena de suprimir a autonomia privada das partes e a própria causa motivadora do negócio.

O acordo de vontades das partes revela valor diferenciado, porque submetido à diligente avaliação técnica e jurídica prévios à celebração, e não deve ser mitigado pelo dirigismo aplicado aos contratos civis em que geralmente, o juízo de adequação não é minuciosamente realizado pelas partes.

Os padrões negociais a serem levados em conta na avaliação da aplicabilidade da onerosidade excessiva devem ser os dos negociantes – empresários - e não das pessoas comuns, o que por si só garante aplicabilidade diferenciada ao paradigma da operacionalidade aos contratos empresariais, sob pena de se instigar a insegurança jurídica e social ou levar ao entendimento de permanente possibilidade de revisão de atos jurídicos, a priori, perfeitos – subvertendo a lógica de assunção de riscos conscientes praticada no âmbito empresarial.

Assim não se deve ignorar quando da avaliação sobre a aplicabilidade da onerosidade excessiva aos contratos empresariais, o pressuposto basilar de racionalidade dos agentes econômicos sob pena de desbalancear as relações dos agentes e atentar à própria ordem econômica lançando proteção excessiva àqueles que detinham plenas condições de avaliar o processo de contratação.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3: direito da empresa**. 17. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de et al. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 13.ed. Barueri: Manole, 2019.

LUPI, André. Especialização funcional do Direito Comercial: estudo da autonomia do Direito Comercial. **Rev. Fac. Dir., Uberlândia, MG**, v.47, n.1, pp. 39-60, jan./jun. 2019.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa**. São Paulo: Almedina, 2020.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Contratos. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade: aplicações práticas**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo. 2018.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina. SA, 2009.

STJ. **REsp n. 1.930.085/AM**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 18/8/2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

WANDERER, Bertrand. **Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.