

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

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

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

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-071-8

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

As contínuas metamorfoses sócio-econômicas e culturais que a contemporaneidade impõe às pessoas exige a ininterrupta atenção do intérprete do sistema jurídico, na busca de aperfeiçoamento das soluções possíveis diante das inquietações advindas das relações familiares, obrigacionais e nos problemas urbanos e agrários envolvendo a posse e a propriedade. Por isso, é indispensável o repensar crítico das relações privadas, ainda mais impactadas por fenômenos inevitáveis, como os decorrentes dos efeitos da pandemia, com forte repercussão sobre o aspecto econômico e a efetividade da função social dos institutos jurídicos. A presente obra contempla, além dos grandes temas mencionados, a análise da tutela dos direitos da personalidade e os efeitos da sociedade da informação traz sobre as relações civis, fruto da evolução da evolução tecnológica a que chegamos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DA APLICABILIDADE DO ARCABOUÇO PRINCIPIOLÓGICO PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL AOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.

APPLICATION OF THE ORINCÍPIOS PREDICTED IN THE CIVIL CODE TO THE BUSINESS CONTRACTS.

Alysson Moreira Dias ¹
Eduardo Barbosa De Resende

Resumo

O presente trabalho aborda a unificação do direito das obrigações, implementada pelo Código Civil, e o aparente desaparecimento da dicotomia entre os contratos civis e empresariais. A revogação expressa da primeira parte do Código Comercial de 1850 contribuiu para a aplicação dos princípios e cláusulas gerais do Código Civil aos contratos empresariais, permitindo revisar pactos para reprimir o abuso de direito e condutas contrárias à boa-fé e à função social dos contratos. Através de uma análise utilizando-se o raciocínio dedutivo-indutivo, faz-se necessário debater acerca dos limites da interpretação judicial dos contratos empresariais feitas com fundamento no direito civil.

Palavras-chave: Código civil, Contratos empresariais, Interpretação

Abstract/Resumen/Résumé

This article addresses the unification of the law of obligations, implemented by the Civil Code, and the apparent disappearance of the dichotomy between civil contracts and business contracts. The express revocation of the first part of the Commercial Code contributed to the application of the principles of the Civil Code to business contracts, allowed revise pacts to suppress conducts opposite the good faith and the social function of contracts. However, through a deductive analysis, it is necessary to debate about the limits of the judicial interpretation of business contracts made on the basis of civil law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil code, Business contracts, Interpretation

¹ Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia - Linha de Pesquisa: Direito Privado pela FUMEC; Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera; Pós-Graduando em Mediação, Conciliação e Arbitragem pelo IDDE.

1 Introdução

O presente trabalho aborda a unificação do direito das obrigações, implementada pelo Código Civil de 2002, e o aparente desaparecimento da dicotomia entre os contratos civis e empresariais. A revogação expressa da primeira parte do Código Comercial de 1850 contribuiu para a aplicação dos princípios e cláusulas gerais do Novo Código Civil aos contratos empresariais, permitindo revisar pactos para reprimir o abuso de direito e condutas contrárias à boa-fé e à função social dos contratos. Através de uma análise utilizando-se o raciocínio dedutivo-indutivo, faz-se necessário debater acerca dos limites da interpretação judicial dos contratos empresariais feitas com fundamento no direito civil, tendo como base a doutrina especializada que trata sobre o tema. Hodiernamente, a afirmação de que a unificação extinguiu a dicotomia existente entre o direito civil e empresarial e, especificamente, aquela existente entre os contratos civis e empresariais, é debatida pela doutrina e jurisprudência, sendo que alguns defendem a existência de uma teoria geral própria dos contratos empresariais e até mesmo a necessidade da criação de um novo código comercial para tratar especificamente desse tipo de relação contratual. Logo é necessário analisar se a discussão quanto ser ou não adequada a cisão formal do Direito Civil e Direito Empresarial é mesmo necessária, pois a unificação formal destas normas no nosso atual Código Civil tem causado incertezas quanto à correta interpretação e aplicação de seus dispositivos, causando verdadeira insegurança jurídica. Dessa forma, o estudo em tela se propõe a analisar os princípios gerais constantes do Código Civil, bem como a sua aplicação aos contratos comerciais, trazendo ao público a interpretação jurisprudencial e doutrinária sobre o tema.

2 A importância dos contratos e sua evolução histórica¹

A palavra contrato é polissêmica. Dentre os vários significados que possui, o que mais interessa ao presente trabalho é o sentido de acordo de vontades, pacto, convenção.

O contrato é um fato social, inerente à figura humana. Desde que se tem conhecimento, o ser humano contrata. Isso ocorre porque o contrato é um instrumento de conciliação de interesses, por meio qual são alinhados desejos, com vistas à pacificação

¹ Sobre tema sugere-se a leitura da objetiva e qualificada pesquisa realizada pelos autores Luciano Lima Figueiredo e Roberto Lima Figueiredo em *Direito Civil – Contratos*, pela Editora JusPodivm, 2ª edição, 2017.

social, vencimento das dificuldades, circulação de riquezas. A própria palavra sociedade traz consigo a noção de contrato (TARTUCE, 2008, p.39).

Os seres humanos não passam um dia sequer sem contratar. Ao levantar da cama, acender a luz, ir até o banheiro e abrir a torneira, já se está, normalmente, executando dois contratos: um de fornecimento de energia e outro de água.

Os contratos manifestam uma das mais importantes categorias de negócios jurídicos. Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.55), o contrato é a mais importante fonte de obrigações.

Lembra Arnold Wald que o contrato é um dos (2013, p.39):

poucos institutos que sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas, que se adaptou a sociedades com estruturas e escala de valores tão distintas quanto a que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.

Oportuno registrar que os contratos, enquanto manifestação de vontade, se materializam tanto no campo do direito público (contratos administrativos) quanto no campo do direito privado (contratos civis, empresariais, de trabalho e de consumo).

Neste trabalho, nos interessa a análise do contrato no campo do direito privado, especificamente a análise dos contratos empresariais, sob o enfoque da unificação do direito das obrigações, implementada pelo Novo Código Civil (Lei 10.406 de 2002).

Historicamente, recordam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 40), não há como ser fixada uma data específica para o surgimento dos contratos. O que é possível é identificar em qual período histórico houve uma nítida sistematização jurídica do instituto.

Através da leitura de Galgano (2007, p. 01) o contrato “surgiu” no Direito Romano, fortemente ligado à ideia de propriedade, em uma sociedade que primava pela estabilidade e segurança nas relações interpessoais. O Contrato, neste contexto, era o instrumento destinado à aquisição ou disposição da propriedade.

O contrato, sob a égide do Direito Romano, era instrumento dotado de forma específica, referia-se a convenções previstas e reconhecidas pelo Direito Civil, dotadas de força obrigatórias e providas de ação.

Como anotado por Arnaldo Rizzardo (2013, p.08), foi neste período marcado pelo formalismo do Direito Romano e, também, sob a forte influência do Direito Canônico, que surgiu o princípio da *pacta sunt servanda*. Citando a obra de Caio Mário da Silva Pereira, o eminente civilista assevera que:

Os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía *peccatum*, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os juristas canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento.

Neste momento, portanto, a convenção surge como lei entre as partes, havendo pouca ou praticamente nenhuma intervenção estatal, mesmo em casos de desigualdade de condições. Desde que não houvesse violação direta ao ordenamento jurídico, prevalecia a liberdade contratual em sua forma mais ampla.

Apesar deste tratamento romano, para Orlando Gomes (1994, p.06), não se deve atribuir a Roma a criação deste instituto jurídico. Isto porque o contrato, como hoje conhecemos, remete a uma noção de individualidade atinente ao sistema capitalista, a qual não dialoga claramente com a história romana. Nesse cenário, é perceptível a grande importância do iluminismo e do racionalismo francês em forjarem o contrato nos moldes hoje conhecidos.

A doutrina aponta o Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), o primeiro da era moderna, como o responsável por consagrar a concepção liberal de contrato.

Também chamado de *Código da Burguesia*, centrado na propriedade imobiliária e sob a ótica da igualdade apenas em seu sentido formal, a legislação francesa consagrou o princípio da liberdade contratual, permitindo a livre inserção das cláusulas pelos contratantes.

A abordagem trazida pelo Código Francês representou importante mudança em virtude da abolição do formalismo que se operava no Direito Romano. Significa dizer que os efeitos dos contratos não mais estavam ligados à forma, mas, sim, à vontade das partes, quando orientada para produzi-los.

Com os contornos adquiridos na idade moderna, o contrato mostrou-se importante instrumento para implementação e desenvolvimento da economia capitalista. Nesse sentido, Arnoldo Wald (2013, p.154): acrescenta que:

constituiu, assim, o contrato o instrumento eficaz da economia capitalista na sua primeira fase, permitindo em seguida a estrutura das sociedades anônimas as grandes concentrações de capitais necessários para o desenvolvimento da nossa economia em virtude do grande progresso técnico, que não admite concorrência de esforços individuais

e exige a criação de grandes unidades financeiras (*holdings, trusts* e conglomerados).

Tendência diagnosticada na França se agravou com o Código Civil alemão (BGB), nos idos de 1900. Na Alemanha prevalecia a ideia de contrato unidimensional, sendo criado um sistema jurídico que pensava a liberdade contratual apenas como a liberdade de quem tinha o poder contratual.

As relações privadas então evoluíram e, neste percurso histórico, surgiu uma importante virada social: a revolução industrial. A partir desta a produção comercial aumentou e os contratos passaram a ser celebrados em série.

Portanto, no seu desenvolvimento histórico, o contrato assumiu, também, a função característica da atividade empresária voltada para a produção e circulação de riquezas. Nesse sentido, o surgimento dos contratos de massa, que muito contribuíram para a intensificação das relações comerciais e para o dinamismo do mercado altamente desenvolvido.

No campo do Direito Empresarial, o contrato, celebrado nas diversas esferas da atividade empresarial, passou a caracterizar a própria empresa, considerada como um *feixe de contratos*, na conhecida classificação de Ronald Coase (1937).

Contrato, que na sua origem era tido como paritário e celebrado a partir de largas negociações, precisou se adaptar e ser mais prático, sintético, predefinido, apto a atender e fazer circular a produção em massa. Nasceu então a figura do contrato de adesão ou de massa, reduzindo o espaço da autonomia da vontade.

Em virtude da importante contribuição da instrumentalidade dos contratos para o exercício da atividade empresarial, o direito sempre se preocupou com a sua proteção, de modo a permitir a circulação de riquezas da forma mais ampla e segura possível.

Diante desse novo cenário o direito precisou intervir nas relações negociais. De acordo Rogério Donnini (BRUSCHI, 2012, p. 801), com o passar dos tempos, o direito se preocupou com a proteção das partes que permeiam as relações contratuais. O Estado passou a intervir nas relações privadas para evitar abusos nas relações interpessoais, geralmente perpetrados pela parte mais forte, com supedâneo em uma interpretação inflexível da força obrigatória dos contratos.

Com o intuito de realizar a chamada *justiça contratual*, os princípios da liberdade contratual e da autonomia privada, que garantiam a livre estipulação dos termos do contrato, considerado lei entre as partes, passaram a ser mitigados e sofreram uma

intervenção estatal (dirigismo contratual) para garantir uma igualdade substancial, que busca proteger a parte mais fraca (hipossuficiente) de eventuais abusos daquele que possui melhor capacidade de informação e poder econômico.

Assim, ao longo do século XX, experimentou-se um processo de solidarização contratual, pensando mais na pessoa (ser) do que na propriedade (ter).

Continua Donnini (2012) afirmando que, no Brasil, o marco da transformação do contrato foi a Constituição da República de 1988. Em razão da determinação do nosso texto constitucional, constante do art. 170, VI, foi criado o Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/90), que consagrou importantes mudanças na concepção clássica do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) mitigou a força obrigatória dos contratos, protegendo a parte mais fraca da relação contratual, diminuindo os efeitos negativos de eventual hipossuficiência técnica e econômica do consumidor frente ao fornecedor. A legislação em comento tornou expressos, ainda, os princípios da boa-fé e equidade.

Ainda nessa toada, o dirigismo contratual foi mantido no Código Civil de 2002, que consagrou, dentre uma série de princípios que orientam a interpretação contratual pautada na boa-fé, a *função social do contrato* (art. 421).

O Código Civil, como disposto em seu artigo 2.045, revogou a primeira parte do Código Comercial de 1850, unificando, assim, o direito das obrigações, aplicável tanto aos contratos de natureza civil como aos comerciais.

Diante disso, a uma primeira vista, se discutiu sobre o desaparecimento da dicotomia específica antes existente entre contratos civis e comerciais.

Sendo assim, é oportuna a análise dos princípios contratuais trazidos na parte geral do Código Civil, seu alcance, bem como o limite e a intensidade de sua aplicação quando relacionada aos negócios jurídicos empresariais.

3 Os Princípios Contratuais

Tendo em vista exclusivamente o critério de circulação de riquezas, podemos apontar o princípio da autonomia da vontade, como norteador do surgimento do contrato.

O princípio sempre foi visto como a base de sustentação do direito privado e assim continua sendo, todavia com uma roupagem mais moderna. Ele permite que as pessoas tenham liberdade de contratar da maneira como melhor lhes satisfaçam, tanto da

perspectiva de querer contratar, como quais serão os termos do contrato. Desdobra-se assim a autonomia da vontade em liberdade de contratar e liberdade contratual.

Em nosso ordenamento jurídico, os princípios em comento mostram-se plenamente presentes e estão consagrados na Constituição (BRASIL, 1988), seja no art. 5º, onde se lê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ou no artigo 170, parágrafo único, que determina: “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Nos dizeres de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2014, p. 57/58), a liberdade contratual refere-se “*ao poder de atuação das pessoas perante o poder público e a lei*”, enquanto a autonomia privada consiste “*no poder de estabelecimento pelas pessoas das próprias regras às quais irão se vincular*”, daí decorre, inclusive, a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Estes princípios, todavia, sofrem hoje limitações impostas pelo Estado e não são aplicáveis de forma absoluta e isolada. Com relação a liberdade contratual, é a que mais sofre interferência nos dias atuais com a frequência cada vez mais constante dos contratos de adesão.

Analisando o controle do Estado sobre a vontade negocial, voltado à proteção de interesses sociais, Verçosa (2014, p. 58) registra que:

Há efetivamente uma redução da plena e absoluta liberdade de contratar em relação ao modelo liberal do século XIX, havendo sido construído todo um novo edifício jurídico no sentido, ao mesmo tempo, do reconhecimento da igualdade das partes, mas do exercício de sua liberdade dentro de parâmetros estabelecidos pelo legislador, sujeitas neste ponto a diversos microssistemas jurídicos que se relacionam uns com os outros. Se a mencionada igualdade não existe no momento da contratação por força da diferença econômica e jurídica entre as partes, ela é estabelecida por meio da intervenção corretiva do legislador.

Em nosso ordenamento jurídico, a liberdade e autonomia privada sofreram limitações constantes da própria Constituição da República, quando consagrou as garantias individuais, relacionadas à dignidade da pessoa humana e dos ditames da justiça social, constantes dos artigos 5º e 170 (temos aqui a chamada constitucionalização do direito civil²).

² Sobre o tema indica-se a leitura de: Lôbo, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de informação legislativa: v. 36, n. 141. Ano 1999. Disponível em <

Dentre os *microsistemas jurídicos* idealizados para implementar a chamada justiça social, o Código de Defesa do Consumidor tratou a parte mais fraca na relação contratual com desigualdade, atingindo a chamada isonomia real ou substancial. A força obrigatória dos contratos sofreu limitações como, por exemplo, no estabelecimento da responsabilidade solidária de todos os que figuram na cadeia de distribuição de produtos. Além disso, o CDC trouxe expressos os princípios da boa-fé e da equidade, em seus artigos 4º, III e 51, IV.

Em 2002, o Código Civil consagrou no âmbito do direito Civil e dos contratos civis e mercantis os princípios da boa-fé (art. 113 e 422) e da função social do contrato (art. 421), reprimindo, também, o abuso de direito (art. 187).

Analisando os princípios norteadores dos contratos, Rogério Donnini, citado por Gilberto Bruschi (2012, p. 806), destaca que a boa-fé objetiva “impõe um comportamento correto, ético, equilibrado e honesto nas relações contratuais ou em qualquer outra relação jurídica”. A boa fé, implementada a partir das concepções constates do direito alemão, impõe, ainda, o mesmo comportamento durante as relações pré-contratuais (negociações preliminares) e pós contratuais.

Com relação a função social do contrato, o mesmo autor assevera que o princípio está fundado na ideia de comutatividade e na boa-fé, não permitindo que se contrate contrariamente aos ideais de justiça. O autor (2012) traz ainda que a função social do contrato é consectário da concepção social da propriedade, presente na CR/88 e no Código Civil (art. 1228, §1º). A noção social da propriedade se aplica aos contratos, no seu entender, em virtude de estes serem meio fiel à transferência do domínio. Há, portanto, uma exigência de que o proprietário, bem como o contratante, adotem um comportamento socialmente aceitável antes, durante e depois da celebração do negócio jurídico.

O autor destaca que a função social do contrato, também, é uma expressão do Princípio da Solidariedade, previsto no art. 3º, inciso I, da CR/88, onde se estabelecem como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Desta forma, conclui o autor em tela que não se admite mais o contrato sem que prevaleça sua concepção social (CCB art. 421), ao abrigo da ideia de comutatividade e boa-fé (CCB art. 422 e CDC art. 51), que são decorrência do princípio da dignidade da

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> acesso em 16 de julho de 2019.

pessoa humana. A a função social do contrato serve, em sua concepção, de fundamento para que se efetive entre os contratantes um equilíbrio, uma relação equânime, sob pena de ser revista a avença (princípio da possibilidade de revisão contratual).

Após analisar os principais princípios contratuais disciplinados no Código Civil, é possível concluir que o Código está pautado em três pilares: eticidade, socialidade e operabilidade.

A eticidade decorre da tutela da boa-fé subjetiva (art. 113), objetiva (art. 422) e da reprimenda ao abuso de direito (art. 187). A socialidade decorre do reconhecimento da função social do contrato (art. 421) e da propriedade (art. 1228, §1º).

Já a operabilidade é constatada por meio do emprego das denominadas cláusulas gerais (v.g. arts. 113, 187, 421, 422, 884, 1.228, §1º do CC) e dos conceitos jurídicos indeterminados (v.g. arts. 188, II, 251, parágrafo único e 581 do CC).

O Código Civil, ao prever os conceitos abertos, tais como os mencionados anteriormente, consagrou importante evolução, que permite superar a rigidez e imutabilidade dos Códigos anteriores, idealizados para serem completos e, por isso, pautados na casuística ou na também chamada técnica de regulamentação por *fattiespecie*³.

Discorrendo sobre as Cláusulas Gerais, Judith Martins Costa (1998, p.7) explica que:

(...) esses novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Assim, o sistema de cláusulas gerais, como a boa-fé e a função social do contrato, permite a revisão judicial do originalmente pactuado, restabelecendo-se a base do negócio em caso de desequilíbrio ou abuso de direito, independentemente da demonstração de imprevisibilidade.

³ Nesse sistema, o intérprete tem pouca e limitada possibilidade de determinar o sentido e alcance da norma, aplicando-a ao caso concreto mediante um processo mental denominado “subsunção”. Sobre o tema, veja-se: CORDEIRO. Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 1186-1187.

As cláusulas gerais, ao retratar os princípios estudados nos itens anteriores, são, pois, um convite para uma atividade jurisdicional mais criativa, destinada a complementar a legislação vigente com a aplicação de princípios e normas socializadoras ao caso concreto.

Entretanto, a despeito da unificação do direito das obrigações, a revisão judicial pautada nas cláusulas gerais constantes do Código Civil não pode ser realizada, considerando as diversas espécies de contratos submetidos ao regime do direito privado, especialmente os civis e empresariais, de forma indistinta. Ao contrário, deve levar em conta a especificidade dos contratos submetidos à análise judicial.

Com isso importante frisar que há diferença de aplicação dos princípios gerais contratuais, quando se tratar a controvérsia de relação oriunda do direito civil e do direito comercial, conforme veremos a seguir.

4. Os Princípios Gerais e a Especificidade dos Contratos Empresariais.

Dentre os contratos submetidos ao regime do direito privado, cumpre diferenciar, para os fins a que se propõe o presente artigo, os contratos submetidos ao código de defesa do consumidor, os contratos civis e os contratos empresariais.

Os primeiros são aqueles que decorrem de uma relação jurídica de consumo, assim definida pelos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Neste caso, o consumidor será caracterizado como aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e o fornecedor como toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Os contratos civis são aqueles em que as duas partes não são empresários, mas sim, particulares ou profissionais liberais, que prestam serviço de natureza intelectual, desde que não concretamente enquadrados na condição de elemento de empresa.

Os princípios gerais constantes do Código Civil e, também, no Código de Defesa do Consumidor, se aplicam aos contratos civis e aos contratos de consumo, respectivamente, protegendo a parte mais débil da relação jurídica sempre quando houver assimetria de informações, bem como hipossuficiência técnica e financeira, permitindo-se a revisão judicial dos pactos para implementar a justiça social em seu mais amplo sentido.

Já os contratos empresariais, são aqueles em que os dois polos da relação jurídica são preenchidos por empresários ou sociedades empresárias. Tais contratos são celebrados no exercício da atividade de produção ou circulação de bens ou de serviços que, a teor do que dispõem os artigos 966 e 982 do CC, caracteriza a condição de empresário e de sociedade empresaria, respectivamente.

Assim, interpretando os contratos empresariais a luz dos dispositivos que caracterizam o empresário e a sociedade empresária, Paula Forgioni (2009, p. 46) observa que:

traço diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro bilateral, que condiciona o comportamento das partes, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar.

A autora em tela destaca, ainda, como características dos contratos empresariais, ligadas ao próprio funcionamento do sistema de direito comercial, a utilização dos usos e costumes, o oportunismo e vinculação, a racionalidade limitada e a incompletude contratual.

Afirmando a existência dos contratos empresariais enquanto categoria autônoma do direito privado, Vera Helena de Mello Franco (2014, p. 27/28) arremata com precisão:

A especialidade do direito empresarial, portanto, decorre do elemento técnico, consubstanciado na operação econômica que é o substrato dos contratos empresariais, aliada à intermediação, transformação e criação para o mercado – isso, usualmente, mediante produção em massa. (...)

Essa particularidade da técnica econômica, peculiar aos atos e contratos decorrentes da atividade empresarial é o que justifica, independentemente da unificação formal, a existência dos contratos empresariais como uma realidade com características próprias que autorizam se distingam seus contratos daqueles civis. E esta realidade, representada pela particular técnica econômica que é o substrato dos contratos comerciais (atualmente empresariais), mantém-se incólume independentemente do advento do Código Civil de 2002.

Observa-se, pois, que os contratos celebrados por empresários são utilizados para o desenvolvimento de atividade econômica exercida com profissionalidade e habitualidade. É de se pressupor que nesta ceara contratual, ambas as partes atuam assistidas por profissionais de mercado, e encontram-se em estado de igualdade informacional.

É nesse contexto, no caso dos contratos empresariais, por estarem as partes em posição de paridade, tanto económica, quanto técnica, quanto informacional, a autonomia da vontade é ainda mais forte não se encontrando de forma tão presente a possibilidade de dirigismo contratual.

Importante deixar claro que mesmo com essa paridade, em qualquer das esferas de utilização do contrato exige-se um dever ético de agir das partes contratante. Trata-se da concretização da boa-fé objetiva, tratada com uma nova roupagem no direito contratual, diferente da anterior, que consistia numa análise subjetiva do estado de consciência do indivíduo, denominada subjetiva.

No campo dos negócios jurídicos, trabalha-se com a dita boa-fé objetiva, entendida como um dever imperativo imposto às partes de modo a não quebrar a confiança e expectativa da outra, tratando-se de uma legítima norma de conduta a ser observada pelas partes durante toda negociação.

Assim é preciso ressaltar que existe sim a possibilidade de interferência estatal na relação contratual, todavia apenas em situações excepcionais em que se denota de forma cabal alguma diferença de condição entre os contratantes, mas aqui essa atuação do estado é muito mais branda do que no Direito Civil em que há muitas situações de desequilíbrio entre as partes.

Tais temas foram inclusive objeto de enunciado na I Jornada de Direito Comercial organizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado nº 21: Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.

Enunciado 29: Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

Por fim, quando o Código Civil traz a expressão “em razão” (art. 421), pode-se afirmar que há que se buscar o interesse que aquele contrato apresenta para sociedade e não apenas para as partes contratantes. No âmbito dos contratos comerciais esse reflexo é gigantesco, pois é o motor de propulsão da atividade empresária, que é fonte geradora de empregos, circulação de riquezas, dentre outros.

Dessa maneira, a partir do momento em que o contrato perde a sua característica de individualidade e relatividade, a função social dos contratos deve ser utilizada para se

estimular, limitar o objeto e regulamentar os contratos empresariais pelo importante papel social que desempenham.

Logo, a função social pode tanto estimular a realização do contrato quanto limitá-la, segundo com o que for melhor para a comunidade. Nesse sentido, a I Jornada de Direito Comercial (CJF, 2012) trouxe importante enunciado relativo à função social dos contratos empresariais.

Enunciado nº 26: O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

Logo, verifica-se que a aplicação dos princípios gerais previstos no Código Civil, como meio de revisão dos contratos empresariais, é possível, desde que seja levado em conta a especificidade do direito comercial, bem como a ótica de atuação do empresário e da sociedade empresaria frente às necessidades do mercado.

A orientação jurisprudencial e a doutrina já apresentam grande avanço no reconhecimento de tal necessidade. Inclusive, renomados juristas e membros do Poder Judiciário, neste estudo orientado pelo Conselho da Justiça Federal, interpretando os princípios gerais constantes do Código Civil à luz da especificidade dos contratos empresariais, produziram importantes enunciados interpretativos, alguns já citados:

21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.

23. Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual.

25. A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

26. O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

27. Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade.

28. Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.

29. Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

35. Não haverá revisão ou resolução dos contratos de derivativos por imprevisibilidade e onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil).

5. Conclusão

A unificação do direito das obrigações, implementada pelo Código Civil de 2002, não fez desaparecer a dicotomia entre o direito civil e empresarial, muito menos aquela relativa aos contratos civis e empresariais.

Há muito na doutrina já se reconhecia que, em sua essência, a obrigação comercial não difere da civil ou de qualquer outra⁴. A diferenciação entre as normas e princípios gerais constantes do Código Civil decorre, exclusivamente, de uma técnica de especialização, tendo em vista a realidade e existência autônoma dos contratos empresariais.

Vale lembrar, de maneira a reafirmar a existência de uma teoria geral dos contratos empresariais, que uma série de contratos empresariais está disciplinada fora do Código Civil, como, por exemplo, o arrendamento mercantil (*leasing*), a faturização (*factoring*), a franquia (*franchising*), os contratos bancários, de engenharia, de concessão mercantil e de bolsa (*forwards, futures, options*).

A par da unificação do direito obrigacional, concluímos, portanto, que o dirigismo contratual implementado pelo legislador, com o intuito de proteger as relações interpessoais e limitar a autonomia privada, em garantia dos direitos individuais e sociais, insculpido no Código Civil através de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, a boa-fé e a função social do contrato, quando norteadores da revisão judicial dos contratos empresariais, devem ser aplicados de modo a viabilizar o exercício da *empresa* e, ainda, garantir a tutela do crédito, circulação de riquezas, alocação eficiente de recursos e o desenvolvimento do mercado.

⁴ Nesse sentido indica-se a leitura de Fran Martins, Teixeira de Freitas, Waldemar Ferreira e Fábio Konder Comparato (Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 39-40.)

De outro lado, tais conclusões não significam que o empresário em situação de sujeição ao poder do outro não seja digno de proteção pela ordem jurídica.

Em princípio, nada há de ilícito no fato de um empresário ou sociedade empresária, dotada de maior poderio econômico e domínio de mercado, impor à outra suas condições no momento de contratar. Contudo, o abuso dessa situação já é reprimido pela ordem jurídica. A proteção ao que se denomina *abuso da dependência econômica* é regulada por normas especiais, constantes da legislação antitruste e pelo direito contratual empresarial⁵.

A revisão judicial de contratos empresariais em que se verifica o abuso de dependência econômica também pode encontrar supedâneo no Código Civil, configurando-se *abuso de direito*, vedado pelo artigo 187, sempre que o exercício da faculdade assegurada por determinada cláusula contratual desviar do fim econômico a que se propôs. Igualmente, a boa-fé objetiva, cuja proteção se encontra nos artigos 187 e 422 do CCB, poderá ser invocada sempre que ocorrer frustração da legítima expectativa empresarial.

Verifica-se, pois, que a interpretação dos contratos empresariais não afasta, por completo, a incidência e orientação traçada pelos princípios gerais previstos no Código Civil. Tudo deve ocorrer, entretanto, dentro da lógica própria do sistema empresarial, sem que se tenha como regra e se parta do princípio de que sempre é necessária a tutela da parte mais fraca.

É, portanto, sob este enfoque diferencial que o estudioso e, sobretudo o aplicador do direito, deve orientar a análise dos diferentes tipos de contratos empresariais que partilham, simultaneamente, o âmbito obrigacional, bastando que a interpretação contratual pautada pelos princípios gerais previstos no Código Civil deve ser realizada com base na especificidade do direito de empresa

⁵ Sobre o tema veja-se: (FORGIONI. Paula. Contrato de Distribuição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014. p. 343 e seguintes), em que a autora analisa a situação de dependência econômica e sua disciplina pelo direito brasileiro e comparado.

6. Bibliografia

I Jornada de Direito Comercial, 23-24 de outubro de 2012. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/jornada-de-direito-comercial>>, Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRUSCHI. Gilberto Gomes *et al* (coord). **Direito Processual Empresarial** (e-book). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

COASE. Ronald H. *The nature of the firm (1937)*. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>> acesso em 15 de julho 2019.

CORDEIRO. Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989.

FORGIONI. Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO. Vera Helena Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALGANO. Francesco. *Il Contratto*. Pádua: Cedam, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 14. Ed, Rio de janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Contratos e Atos Unilaterais**. Vol. III. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS-COSTA. Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. Vol. IV. 9. Ed. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO. Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial: teoria geral do contrato**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.

WALD, Arnold. **O Contrato: Passado, Presente e Futuro**. Novo Curso de Direito Civil-Contratos: Teoria Geral. Vol. IV. 9. Ed. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013.