



**Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Contratos e**  
**Responsabilidade Civil**

**BERNARDO GALLO CASSINI CARDILLO**

**A LESÃO NOS CONTRATOS**  
**INTEREMPRESARIAIS**

**Brasília – DF**

**2012**

**BERNARDO GALLO CASSINI CARDILLO**

## **A Lesão nos contratos interempresariais**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDPU.

Orientador: Professor MsC Marlon Tomazette

Brasília – DF

2012

## RESUMO

O presente trabalho, no qual se utilizou a pesquisa bibliográfica em temas relacionados ao direito privado, visa a orientar a tarefa do intérprete do direito empresarial no tocante à aplicação do instituto da lesão prevista no artigo 157 do Código Civil pátrio, em especial quando se estiver diante de contratos celebrados entre empresários no exercício da atividade de circulação de bens e mercadorias. A lógica inerente ao ambiente empresarial exige deveres de conduta que, a princípio, não se coadunam com a imprevisibilidade e insegurança jurídica resultados de eventual alegação de lesão e da consequente revisão de cláusulas contratuais ou até mesmo de rescisão contratual com o retorno das partes contratos ao estado de antes da avença. As características dos negócios empresariais, tais como a organização empresarial, o dever de diligência, o escopo de lucro, a função econômica e a relevante consideração de que as trocas mercantis envolvem riscos em grau elevado permitem a conclusão de que a eles deve ser dispensado tratamento diferenciado, sob pena de desvirtuamento completo do sistema empresarial e das regras a ele correlatas. Apesar da questão ainda não ser tratada, de modo específico, na doutrina especializada, nem ter sido objeto de exame aprofundado dos Tribunais Superiores, os escritos que abordam temas de direito empresarial, seus princípios, parâmetros interpretativos, autonomia, usos e costumes, além de disposições legais outrora existentes sobre a matéria e outras ainda em vigor, seja no direito nacional ou alienígena, como o Código Civil alemão, consubstanciam-se em aparato próprio para que se conclua que a lesão é instituto inaplicável aos contratos celebrados entre empresários no exercício da atividade de empresa.

Palavras-chave: lesão; empresa; revisão; rescisão; dever de diligência; risco.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>1 DISTINÇÕES ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO EMPRESARIAL .....</b>	<b>7</b>
1.1. A empresa: o cerne do direito empresarial.....	8
1.2. Os contratos empresariais: conceito e sua diferenciação em relação aos contratos civis e de consumo.....	10
1.3. Ideia geral sobre regras e princípios aplicáveis aos contratos civis e empresariais.....	13
1.3.1. Função social do contrato.....	17
1.3.2. Boa-fé objetiva.....	19
1.3.3. Função social da empresa.....	22
1.3.4. Usos e costumes.....	24
<b>2 CARACTERÍSTICAS COMUNS DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS .....</b>	<b>26</b>
2.1. Escopo de lucro e custos de transação.....	26
2.2. Função econômica.....	27
2.3. Segurança e previsibilidade.....	28
2.4. Risco empresarial.....	29
2.5. Profissionalismo.....	31
2.6. Organização (empresarial).....	31
2.7. Concorrência e rivalidade.....	32
2.8. Padrão de cuidado e dever de diligência empresarial.....	34
<b>3 CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DA LESÃO E SUA CONSEQUÊNCIA PARA OS CONTRATOS LESIONÁRIOS.....</b>	<b>40</b>
<b>4 APLICABILIDADE DA LESÃO AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS.....</b>	<b>44</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar da possibilidade de aplicação da lesão, defeito do negócio jurídico previsto no art. 157 do Código Civil, aos contratos firmados entre empresários no exercício da atividade empresarial. Ou seja, tem o intuito de analisar a possibilidade da revisão ou rescisão de cláusulas contratuais ou dos contratos interempresariais, respectivamente, em razão da configuração dos requisitos ensejadores da lesão.

É certo que no âmbito do direito civil, tido este como o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si, a regra é a anulabilidade dos contratos celebrados em ocasiões tais que uma das partes se encontra sob premente necessidade, ou em razão de sua inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação da contraparte, salvo se for oferecida suplementação suficiente a equilibrar a relação jurídica contratual ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito que obter por meio do contrato.

Por outro lado, é igualmente certo que as relações jurídicas firmadas entre empresários envolvem peculiaridades diversas, a princípio, daquelas firmadas entre indivíduos no âmbito de sua autonomia privada e liberdade contratual. Nessa senda, o direito empresarial possui lógica própria e os contratos empresariais exigem visão específica, a empresarial, para que sejam corretamente compreendidos e interpretados<sup>1</sup>.

Inclusive, é bom que se parta de orientação no sentido de evitar que se dê guarida a princípios conflitantes com a lógica empresarial, pois, caso contrário, haverá dificuldades na concretização da função econômica esperada dos contratos. Deve-se, nesse sentido, atribuir maior relevância e priorizar as regras do jogo, dos usos e costumes empresariais e da mercancia.

No tocante aos contratos empresariais, a interpretação deverá propiciar condições para o melhor funcionamento possível do mercado e o fluxo de relações econômicas.

---

<sup>1</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

Nesse sentido, diante da lógica própria correlata a esses contratos e ao próprio direito empresarial, o presente trabalho abordará, em seu primeiro capítulo, as distinções entre aquele e o direito civil comum. Não obstante, será tratado, ainda, da empresa como cerne do direito empresarial. Sob tal ótica, sendo o contrato o principalmente instrumento para o exercício da atividade de circulação de bens e serviços, houve necessidade de proceder à conceituação dos contratos entre empresários (interempresariais) e a sua diferenciação em relação aos contratos civis e de consumo, este último em razão do Código de Defesa do Consumidor também elencar dispositivos que tratam do tema lesão. Como decorrência dessa diferenciação, foi possível a delimitação do objeto de análise da monografia, que abordou a possibilidade da aplicação do mencionado defeito do negócio jurídico especificamente aos contratos empresariais, sendo estes os em que o outro polo da relação contratual está atuando como empresário também<sup>2</sup>.

Num segundo momento, como decorrência lógica dos capítulos anteriores, como será verificado, serão abordados os principais parâmetros interpretativos, ou princípios, diretamente aplicáveis ao direito privado e, em especial, ao direito empresarial, tais como a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e da empresa, bem como a correlação entre essas funções, além da força normativa dos usos e costumes do mercado como ínsita ao estilo empresarial.

Em capítulo próprio, serão analisadas as características inerentes a essas espécies contratuais, partindo-se do pressuposto lógico de que a lucratividade constitui-se como o objetivo principal das avenças empresariais. Com efeito, insta notar que os empresários, quando da celebração de contratos entre si, legitimamente acreditam que seus interesses estão sendo satisfeitos, sendo certo que contrata porque entendem que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. Visando a obter a satisfação de sua necessidade é que a sociedade empresarial opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível e, diante disso, o agente econômico somente celebrará o contrato se entender que esta é a melhor alternativa possível para a satisfação de sua necessidade, o que possui estrita relação com o instituto do qual trataremos.

---

<sup>2</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

Fazendo-se uso dos ensinamentos de Paula Forgioni, será possível perceber que as partes contratam em vista de determinado fim que, no campo do direito empresarial, ser-lhes-á potencialmente vantajoso<sup>3</sup>.

Ademais, no ambiente empresarial, ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra adotará o mesmo comportamento. Com isso, a adoção de comportamentos previsíveis, regulares, pautados pela confiança e racionalidade jurídicas permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo.

Não obstante, essas contratações envolvem riscos, em menor ou em maior grau, danos notáveis ou perda de algo importante, como por exemplo, a do capital separado para o exercício da atividade, de modo parcial ou total.

Analisar-se-á, também, a concorrência como combustível natural para o crescimento econômico das empresas, sendo ínsita à atividade empresarial. E, no ambiente competitivo no qual se encontram submetido os empresários, torna-se imprescindível a eficiência, a habilidade para as negociações, a obtenção das informações disponíveis para a tomada de decisões no âmbito empresarial, a diligência e cuidado de uma pessoa razoavelmente prudente, devendo ser levado em consideração, para tanto, seu sucesso nas atividades empresariais, sua experiência e conhecimento dos riscos.

Não é demais lembrar que, dentre esses deveres, decorrentes do dever de diligência empresarial, está o de não praticar erros graves. A prática de operações especulativas e arriscadas, com risco elevado ou desproporcional ao benefício esperado, bem como aquelas com faltas de garantias ou que impliquem endividamento excessivo para a sociedade devem ser atribuídas ao próprio empresário, e não às partes que com ele contratam<sup>4</sup>.

Superada essas etapas de caracterização do contrato e do ambiente mercadológico que o envolve, avançar-se-á sobre o instituto da lesão e suas implicações para as trocas empresariais.

Por fim, adentrou-se no tema específico da presente monografia, tópico em que se abordou, com base nos diversos capítulos e na lógica pertinente à práxis comercial, a (im)possibilidade da aplicação da lesão aos contratos interempresariais.

---

<sup>3</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

<sup>4</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 231.

Assim, verificou-se se os requisitos objetivos e subjetivos que integram o aludido defeito do negócio jurídico não estão presentes nos contratos celebrados entre empresários no pleno exercício da empresa, conforme se passa a demonstrar.



## 1. DISTINÇÕES ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO EMPRESARIAL

O direito civil é, no campo do direito privado, o direito comum que rege as relações entre particulares, sempre que estas não caiam sob domínio de uma lei especial<sup>5</sup>. No direito civil, portanto, preponderam as normas jurídicas reguladoras das atividades dos particulares e seus interesses individuais privados<sup>6</sup>.

Estuda-se, nesse ramo do direito, de um lado, as relações puramente pessoais e, de outro, as relações patrimoniais, que são aquelas todas que apresentam um interesse econômico e visam à utilização de determinados bens. Assim, pode-se dizer que o direito civil regula as relações entre as pessoas e os poderes que estas exercem sobre as coisas<sup>7</sup>.

O direito civil é tido como o direito privado comum ou o direito privado geral, ou ainda, o direito privado por excelência. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,

É ele bem mais do que um dos ramos do direito privado, pois encerra os princípios de aplicação generalizada, que se projetam em todo o arcabouço jurídico, e não restrita à matéria cível. Nele se situam normas gerais, como as de hermenêutica, as relativas à prova e aos defeitos do negócio jurídico, as concernentes à prescrição e decadência etc., institutos comuns a todos os ramos do direito<sup>8</sup>.

Estando, portanto, no campo do direito privado, este tido como o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si, seriam seus ramos o próprio Direito Civil, além do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor e do Direito Comercial.

O Direito Comercial cuida do exercício de empresa, tida esta como a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Seu objeto de estudo são os meios socialmente estruturados de superação de conflitos de interesses envolvendo empresários ou relacionados às empresas que explora<sup>9</sup>. Visa, portanto, a reger as relações entre empresários.

---

<sup>5</sup> WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

<sup>7</sup> WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

<sup>9</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

O direito comercial se aplica, então, às relações de natureza comercial, constituindo-se em um direito especial aplicável a tais relações.<sup>10</sup> Nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos, o direito comercial,

É o ramo do direito privado que tem por objeto a regulação da atividade destinada à circulação e criação da riqueza mobiliária, seus instrumentos e a qualificação dos sujeitos dessas relações. É, perante o direito civil, ramo autônomo que se apresenta como direito especial, especialização esta decorrente das necessidades específicas das relações comerciais.<sup>11</sup>

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, e não somente do comércio, atividade precursora deste ramo do direito, desde a Antigüidade.<sup>12</sup> O direito comercial, portanto, como dito, cuida das relações empresariais, razão pela qual alguns doutrinadores têm sustentado que seria melhor usar a expressão direito empresarial.

Assim, tem-se que o Código Civil visa a regular os direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, seus bens e suas relações, enquanto o direito comercial, por outro lado, visa a regular os direitos e obrigações atinentes às atividades econômicas organizadas (empresas) e as relações entre empresários no exercício daquela atividade.

### **1.1. A empresa: o cerne do direito empresarial**

Nos termos do art. 966 do Código Civil Brasileiro, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Essa atividade organizada e voltada para a produção e circulação de bens ou serviços é o que denominamos empresa, sendo, portanto, o mencionado artigo, a norma fundamental do Direito Empresarial, responsável por delimitar o âmbito de incidência de suas regras específicas<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27.ed. São Paulo: 2008, p. 26.

<sup>11</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 2.ed. Salvador: Podivm, 2008, p. 50.

<sup>12</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 2.ed. Salvador: Podivm, 2008, p. 49.

<sup>13</sup> PARENTONI, Leonardo Netto. O conceito de empresa no código civil de 2002. In: FIUZA, César. *Direito e negócios empresariais: desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 76.

Para Gladston Mamede, a empresa “é a atividade econômica, o tráfico negocial que implica operações que se estruturam e se repetem para atender ao mercado, produzindo ou circulando bens e/ou serviços, fruto de uma coordenação que organiza bens, pessoas e atos numa verdadeira engenharia negocial”<sup>14</sup>.

A empresa é uma criação humana que visa a buscar resultados para o trabalho humano, é uma conjunção de esforços estruturados para a realização de cenários econômicos desejados, para a produção organizada. É, portanto, apenas e tão-somente uma organização de iniciativas otimizadas, de procedimentos, de fórmulas que, segundo a lógica de seu titular (empresário ou sociedade empresária), viabilizarão a realização de suas metas econômicas, ou seja, lucros que remunerem aqueles que investiram na formação do capital empresarial<sup>15</sup>.

É a empresa que dá característica ao Direito Empresarial. Submete-se a essa disciplina jurídica toda atividade econômica, negocial, que se apresenta sob a forma de uma organização voltada para a produção ou circulação de bens e serviços. É ente autônomo que não se confunde com o estabelecimento (art. 1.142 do Código Civil) nem com seu titular.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato, “se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de exemplo explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa”<sup>16</sup>.

A empresa, como agente econômico que é, deve ser enxergada como instituição social. Segundo Paula Forgioni, se assim for feito, concluir-se-á que, “sem a empresa, o direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão de existir, pois, hoje, ele aí está para disciplinar, de acordo com sua lógica peculiar, a empresa e sua interação com outras empresas do mercado”.<sup>17</sup>

É, portanto, a empresa, o cerne do direito empresarial.

---

<sup>14</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 28.

<sup>15</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 27/28.

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

<sup>17</sup> FORGIONI, Paula A. *Evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124

## 1.2. Os contratos empresariais: conceito e sua diferenciação em relação aos contratos civis e de consumo

É certo que, na economia contemporânea, a empresa não pode mais ser concebida isoladamente, sem interação com o ambiente que a envolve. A empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua” no mercado, e o faz principalmente por meio de contratos.<sup>18</sup>

Para seu regular funcionamento, a empresa necessita adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, para expandir fronteiras, dentre outras atividades<sup>19</sup>. Assim é que, para o exercício da atividade empresarial, os empresários, dentre a série de atos que praticam na organização dos fatores de produção, celebram contratos, seja com consumidores, com empregados, com o poder público, bem como entre si, ou seja, com outros empresários.

Tais contratos possuem especificidades que os diferenciam entre si. Assim, em contrato firmado entre um fornecedor e um consumidor, as partes se encontram em situação de desigualdade. Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica. Essa fraqueza é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

O aspecto técnico está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor, eis que é ele quem escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo é produzido. É por isso que a “escolha” do fornecedor já nasce reduzida, cabendo a ele optar por aquilo que foi oferecido, unilateralmente pelo fornecedor, visando ao lucro, no mercado.<sup>20</sup>

O aspecto econômico está relacionado à maior capacidade econômica que, em regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

Segundo a doutrina de Rizzatto Nunes,

“essa vulnerabilidade se reflete em hipossuficiência no sentido original do termo – incapacidade ou fraqueza econômica. Mas o relevante na

---

<sup>18</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

<sup>19</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

<sup>20</sup> NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 628.

hipossuficiência é exatamente essa ausência de informações a respeito dos produtos e serviços que adquire.

Essa questão retorna aqui nos contratos (de consumo). É evidente que o consumidor é, da mesma forma, hipossuficiente para contratar. Não tem ele conhecimento técnico que lhe permita entender o conteúdo das cláusulas contratuais. Tanto mais levando-se em conta que os contratos são típicos de adesão a cujas cláusulas são importadas unilateralmente pelo fornecedor (ou são outras formas de contratar por conteúdo ao qual o consumidor não tem acesso)".

Assim é que nos contratos de consumo, em que uma das partes é fornecedor e a outra consumidora, tem-se de levar em conta a vulnerabilidade e hipossuficiência deste último, o que diferencia esses negócios jurídicos dos contratos civis e, principalmente, dos contratos empresariais.

Já os contratos civis alcançam relações regidas no campo do direito civil. De acordo com Carlos Alberto Bittar, "são aqueles que se desenvolvem na vida comum e em atividades definíveis como tal (prestação de serviços, agricultura, pecuária, enfim, de estruturação mais simples)"<sup>21</sup>.

Os negócios jurídicos civis são mais formais que os contratos comerciais, geralmente documentados por meio de contratos e com solenidades próprias estabelecidas em lei<sup>22</sup>. São regidos pelo direito civil e celebrados por particulares em situação de igualdade entre si.

Para os contratos celebrados entre empresários, segundo observa Irineu Mariani, em virtude do Código Civil ter adotado a teoria dos atos empresariais relativamente à atividade econômica, a adjetivação empresarial se mostra mais adequada e moderna, em detrimento da desatualizada adjetivação histórica mercantis do Código Comercial de 1850.<sup>23</sup>

Nessa seara, muitos autores têm envidado esforços no sentido de elaborar uma teoria geral dos contratos, mas o que se pode concluir, mediante a análise das obras doutrinárias sobre o tema, é que ainda há muito a ser dito.

Mesmo assim, o que se tem observado é um incremento do esforço dogmático para a compreensão das características próprias dos contratos empresariais, pelos doutrinadores, na tentativa de interpretar e sistematizar normas jurídicas concernentes a esses negócios jurídicos impulsionados, segundo Paula Forgioni, por diversos fenômenos, dentre os quais se destacam "[i] a consolidação

<sup>21</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 82.

<sup>22</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 83.

<sup>23</sup> MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13.

do direito do consumidor; [ii] a desverticalização das empresas e incremento da utilização dos contratos de colaboração interempresariais, [iii] o desenvolvimento do pensamento microeconômico, que destrinça o processo empresarial de tomada de decisões e a formação dos preços e [iv] as privatizações”.<sup>24</sup>

Apesar de não se ter idéias claras acerca da desverticalização mencionada, é certo que, com isso, as empresas, em detrimento da solução interna, na qual outrora se produzia o produto ou serviço que seria buscado junto a um terceiro, têm, hodiernamente, optado pela celebração de contratos moldados para protair-se no tempo<sup>25</sup>, como o são os contratos que ora se propõe estudar.

Não obstante, a consolidação do direito do consumidor e o conseqüente desenvolvimento dogmático dos contratos com consumidores obrigou os comercialistas a repensarem os elementos que dariam sentido à disciplina empresarial, forçando-os à “[re]descoberta”<sup>26</sup> dos contratos empresariais.

Com efeito, a atenção do empresarialista deve recair, sendo efetivamente o que ocorre, sobre os contratos empresariais. Dentro dessa perspectiva, é imperioso ressaltar que há autores, como Waldírio Bulgarelli<sup>27</sup>, que fazem distinção entre contratos empresariais e interempresariais. Dessa forma, para essa parcela da doutrina, os contratos empresariais seriam aqueles firmados por empresários, sem se levar em consideração o outro pólo da relação contratual, enquanto os interempresariais se caracterizam pela presença de empresários nos dois pólos contratuais<sup>28</sup>.

Para Paula Castello Miguel, “serão denominados de contratos interempresariais aqueles em que o outro pólo da relação contratual está atuando como empresário também<sup>29</sup>”.

Já Paula Forgioni, essa qualificação contrato empresarial, e veja-se que aqui não se trata de contratos interempresariais, “requer que o vínculo jurídico seja estabelecido exclusivamente entre empresas”, não sendo mais como outrora, em

---

<sup>24</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17-18.

<sup>25</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

<sup>26</sup> Expressão utilizada por Paula Forgioni em sua obra, p. 18.

<sup>27</sup> Vide BULGARELLI, Waldírio. *Contratos e títulos empresariais: as novas perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 28.

<sup>28</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

<sup>29</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

que bastava a presença de uma única empresa (ou empresário) para atribuir comercialidade ao contrato<sup>30</sup>.

Para Márcia Carla Pereira Ribeiro, “contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são empresários, no exercício de sua atividade empresarial<sup>31</sup>”.

Nesse sentido, o presente trabalho filia-se à parcela da doutrina que trata os contratos empresariais e interempresariais como sinônimos, ambos sendo caracterizados por aqueles que possuem, nos dois pólos, a presença de empresários ou sociedades empresariais, no exercício dessa atividade econômica.

É certo que essa espécie de negócio jurídico reúne elementos de distinção em relação aos demais contratos, em razão de sua execução continuada, de seus sujeitos e função<sup>32</sup>. Tais contratos apresentam características complexas e peculiares à vida empresarial, sendo insuscetíveis de receber o mesmo tratamento atribuído aos contratos civis, do direito comum.

Importante destacar que, apesar da unificação, em certa medida, do direito das obrigações e do direito contratual, com o advento do Código Civil de 2002, os contratos interempresariais subsistem, não havendo como tratar de forma idêntica os contratos civis, firmados por pessoas comuns, a fim de regular as relações obrigacionais entre si, com os contratos firmados entre empresários no exercício de sua atividade econômica.<sup>33</sup>

É certo, portanto, que o direito empresarial possui lógica própria.

### **1.3. Ideia geral sobre regras e princípios aplicáveis aos contratos civis e empresariais**

Apesar de Paula Castello Miguel entender que não há uniformidade de objetivos na regulação dos contratos interempresariais, podemos identificar alguns princípios a eles inerentes ou, pelo menos, parâmetros interpretativos para a

---

<sup>30</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

<sup>31</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 16.

<sup>32</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.

<sup>33</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

matéria, com o objetivo de harmonizar as regras legais, oferecendo diretrizes ao operador do direito<sup>34</sup>.

Para a autora, no que tange aos contratos interempresariais, “ora são mantidos os postulados da fase liberal, a liberdade contratual; ora protege-se o pólo mais fraco da relação contratual, ora são oferecidos mais poderes ao pólo mais forte”.<sup>35</sup>

Mesmo assim, quando se trata de contratos empresariais, a interpretação deverá atender ao escopo de dar condições para o melhor funcionamento possível do mercado, catalisando o fluxo de relações econômicas mediante a diminuição dos custos de transação, aumentando o grau de segurança e de previsibilidade a partir do respeito à boa-fé, à confiança, à proteção da legítima expectativa da contraparte, conforme a racionalidade jurídica, objetivos estes que se confundem com a própria função principal do direito comercial<sup>36</sup>.

Esclareça-se, contudo, que, apesar da legislação em matéria de contratos empresariais vigorar concomitantemente com o Código Civil, e este não ter solucionado a questão da sistematização em um único instrumento legislativo, os princípios inerentes à disciplina geral dos contratos nele prevista são igualmente aplicáveis aos contratos empresariais. São os princípios: i) da autonomia privada, ii) da liberdade contratual, iii) da força obrigatória (*pacta sunt servanda*), iv) da relatividade das convenções, v) do equilíbrio contratual, vi) da boa-fé objetiva; e vi) da função social do contrato, sendo que alguns doutrinadores ainda se referem ao princípio do consensualismo, no qual basta o acordo de vontades para que o contrato se aperfeiçoe<sup>37</sup>.

A parte tem a liberdade de contratar ou não. Em se decidindo por contratar, tem o poder de criar o conteúdo do contrato, liberdade para estipular e determinar sua conduta e o conteúdo das obrigações que pretende assumir, aliada à vontade

---

<sup>34</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 100.

<sup>35</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 100.

<sup>36</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

<sup>37</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.



da outra parte. Esse poder de decidir o objeto e as prestações contratuais é atribuído aos contratantes pelo princípio da autonomia privada.<sup>38</sup>

A autonomia privada consiste, portanto, no poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo na criação, modificação e extinção de relações. Segundo Emilio Betti, “a manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares<sup>39</sup>.” Essa autonomia configura-se como um auto-regulamento direto, individual, concreto, de determinados interesses pessoais, efetivado pelos próprios particulares interessados, que criam normas jurídicas aptas a gerar vínculos entre eles.<sup>40</sup>

Entretanto, ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja transações, o sistema jurídico cobra a legalidade do objeto contratual. Assim, “as contratações dão-se dentro dos limites postos pelo ordenamento estatal; o mercado é enformado pelas regras exógenas e não por suas próprias determinações”.<sup>41</sup>

É certo, dentro desse contexto, que o autodeterminismo dos interesses particulares conferido pela autonomia privada, em que as pessoas podem livremente exercer suas escolhas e criar regras adequadas à satisfação de seus próprios interesses, tem sido flexibilizado e aplicado de forma reduzida, devendo ser compatibilizados e interpretados em consonância com o princípio da solidariedade social, bem como com outros parâmetros interpretativos, conforme adiante será visto.<sup>42</sup>

Trata-se de uma evolução, em que o Direito busca assumir uma função social e, com o escopo de indução de prosperidade, geração de riquezas e desenvolvimento da sociedade, atua como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil: teoria geral e contratos em espécie*. 2.ed. Método: São Paulo, 2005, p. 48/49.

<sup>39</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 82.

<sup>40</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 82.

<sup>41</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

<sup>42</sup> COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Princípios do direito comercial*. Disponível em < <http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 05 set. 2011.

<sup>43</sup> COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Princípios do direito comercial*. Disponível em < <http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 05 set. 2011.

Essa denominada autonomia privada, no sentido de esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, confere ao particular, enquanto legislador de seus próprios interesses, um espaço para o exercício de sua atividade jurídica, em especial no campo dos negócios jurídicos, dos quais o contrato é seu maior exemplo<sup>44</sup>.

Diante dessas considerações, vê-se que as partes, ao celebrarem o contrato, concretizam o poder jurídico de normatizar relações jurídicas, estabelecendo o conteúdo e os efeitos por elas desejados (liberdade contratual). Entretanto, nas palavras de Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, “a validade do ato negocial decorre da margem de liberdade concedida pela lei aos particulares para a auto-regulamentação de seus interesses, e estão subordinadas aos limites legais estabelecidos.

Dentro dessa conformação, tem-se, ainda, que o estágio atual do contrato tem como principal rota a busca pelo equilíbrio na contratação e pela conservação dos negócios celebrados. Trata-se, em verdade, dos princípios do equilíbrio contratual e da conservação dos contratos.

O primeiro princípio, também denominado da equivalência material,

“tem como principal enunciado a busca e manutenção da justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações”.<sup>45</sup>

Já o princípio da conservação dos contratos concerne ao aproveitamento tanto quanto possível de suas cláusulas, sendo preferível sua revisão, buscando o seu equilíbrio e mantendo-o enquanto possível, que buscar sua extinção e posterior reparação pelos danos sofridos pela parte eventualmente lesada<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Liberdade e direito privado. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (Coleção Perspectivas de direito privado; v. 1), p. 21.

<sup>45</sup> BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo: *Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. IV. São Paulo: Método, 2005, p. 56.

<sup>46</sup> BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo: *Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. IV. São Paulo: Método, 2005, p. 56.

Enfim, como se pode observar, na Teoria Contratual Contemporânea, os princípios da autonomia da vontade (privada), da liberdade contratual e da obrigatoriedade contratual (*pacta sunt servanda*) passam a ter aplicabilidade reduzida, com parâmetros de interpretação definidos pela lei, devendo, ainda, ser agregados a outros princípios, que passam a conviver com aqueles, tais como o da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio real entre as partes, chamados princípios sociais do contrato<sup>47</sup>.

### 1.3.1. Da função social do contrato

Como visto, a autonomia privada e o dogma da vontade individual dos contratantes cederam lugar à admissão de que o contrato encerra também uma dimensão social, que vai além da esfera jurídica das partes e, mais, que resulta de fontes que, a rigor, não se circunscrevem somente ao quanto declarado no ajuste.<sup>48</sup>

O contrato, sem perder sua funcionalidade enquanto instrumento de circulação e geração de riquezas, volta-se também para a geração do bem comum e a satisfação dos interesses da sociedade. De um lado, o homem, dependente que é da produção de riquezas, sente necessidade de satisfação de suas necessidades e caprichos e, ciente de que, sozinho, a tarefa de alcançar todos os bens materiais e imateriais será demasiadamente árdua, entretém relações negociais com outros indivíduos, por intermédio do contrato<sup>49</sup>.

A função social, portanto, subverte o princípio da relatividade, impondo deveres contratuais que extrapolam a avença negocial, tornando o respeito à disciplina contratual oponível a terceiros e, de outro lado, determinando que os contratantes respeitem os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato<sup>50</sup>.

O disposto no art. 421 do Código Civil mitiga o princípio que informa que o contrato é entabulado apenas para gerar efeitos entre as partes, na medida em que

---

<sup>47</sup> COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Princípios do direito comercial*. Disponível em < <http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 05 set. 2011.

<sup>48</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

<sup>49</sup> USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 30.

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

dirige sua preocupação para os terceiros (sociedade em geral) que, embora não participando da avença, de um modo ou de outro, podem ter que suportar seus efeitos<sup>51</sup>.

Funciona, portanto, como um limitador da vontade das partes, para que a justiça social e o bem comum sejam alcançados<sup>52</sup>.

Existem autores que defendem que os efeitos externos dos negócios sobre a sociedade em geral é a regra, e não a exceção. Nesse sentido, Paula A. Forgioni nos ensina que

“por mais estranho que possa parecer aos olhos positivistas, a produção externa de efeitos pelos negócios – sejam benéficos, sejam prejudiciais - é a regra, e não a exceção. Quando uma pessoa acorda com outra a venda de precioso selo, priva terceiro daquele bem que poderia, eventualmente, interessar-lhe. A abertura de nova pizzaria abalará outras já instaladas na mesma região. A compra de um automóvel é capaz de gerar o aumento da poluição. Contratos de transferência de tecnologia interessam à nação. O pagamento de royalties a empresas estrangeiras traz efeitos sobre a balança comercial do país, envolvendo a todos nós. O licenciamento exclusivo de uma patente de remédios pode mostrar-se questão de saúde pública. Os exemplos de efeitos externos dos contratos são inúmeros”.<sup>53</sup>

Com efeito, nos ensina Paula Castello Miguel que,

na sociedade atual, em razão da massificação das relações contratuais e a conseqüente despersonalização do contratante, o contrato é global e afeta a todos indistintamente, não somente as partes contratantes. Discorre Eduardo Sens dos Santos que “o contrato como fato social e econômico que é, tem efeito cascata. À proporção que o contratante imediatamente é lesado, toda a comunidade sente os prejuízos; da mesma forma, quando ambas as partes são beneficiadas pelo pacto, a vantagem é comum. Por esses motivos, não se pode observar o fenômeno apenas sob o prisma de contratante e contratado, pois o contrato passou a ser uma instituição social – os bons contratos, que promovam desenvolvimento econômico e social, são de interesse de toda a sociedade.”<sup>54</sup>

Para a autora, a função social do contrato deve ser entendida a partir de dois elementos: a observância do equilíbrio contratual, que se revela na harmonia entre

<sup>51</sup> VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (Coleção Perspectivas de direito privado; v. 1), p. 429.

<sup>52</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150.

<sup>53</sup> FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180.

<sup>54</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

prestação e contraprestação e visa a garantir a justiça contratual; e o atendimento do bem comum, trazendo benefícios para a sociedade em que está inserido<sup>55</sup>.

Nesse sentido, o atendimento ao bem comum virá a partir da proteção do contratante vulnerável.

Estando-se diante de uma contratação entre desiguais, em que uma das partes se encontra em situação de vulnerabilidade, há necessidade de, por meio da fiscalização do cumprimento da função social do contrato, protegê-la, a fim de que seja mantido o equilíbrio contratual. Por outro lado, abre-se a possibilidade de, tratando-se de contratos interempresariais, por exemplo, firmados entre iguais, não ser necessário cumprir uma das facetas da função social do contrato, qual seja a garantia do equilíbrio contratual, restando, porém, buscar ao máximo o alcance do bem comum<sup>56</sup>.

Assim, o que se deve ter em mente é que no sistema atual, a função social amplia, para o domínio do contrato, a noção de ordem pública. Os legítimos interesses individuais merecem tutela na medida em que interesses socialmente relevantes venham a ser igualmente tutelados<sup>57</sup>. Assim, a função social é definida como razão da liberdade de contratar, não sendo merecedor de tutela por parte do ordenamento o negócio jurídico que desatende a função social.

### 1.3.2. Da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva foi desenvolvida no direito germânico. Encontra previsão nos §§ 157 e 242 do BGB:

No § 157: os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico; e no § 242: o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.

De acordo com Ricardo Lupion,

---

<sup>55</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

<sup>56</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

<sup>57</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. II, p. 13.

“essa boa-fé objetiva não é no sentido apontado pelo Código Civil de 1916, chamada de boa-fé subjetiva, pois percebe-se que, além do elemento interno do contratante de julgar estar agindo conforme procedimentos condizentes com a boa-fé, espera-se dele um plus exterior, baseado no compromisso de lealdade, que pode ser resumido na obrigação de informação e de cooperação que se expressa no dever de facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé”.<sup>58</sup>

O respeito à boa-fé objetiva, inserta, em nosso ordenamento jurídico civil vigente, no art. 422 do Código Civil, consiste em um dever de conduta que obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pelo negócio celebrado, além da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns<sup>59</sup>.

Impõe as partes o dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade, de forma a não defraudar a confiança e legítima expectativa da contraparte.<sup>60</sup>

Numa concepção mais complexa e dinâmica, contrária à concepção estática da obrigação, que une e limita as partes a papéis bem definidos e opostos, percebe-se que a obrigação se relaciona com deveres que gravitam ao seu redor, não guardando relação direta com o dever principal de prestação. Esses deveres secundários, chamados de laterais ou anexos, são essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra, dentre os quais se encontram os seguintes: a) de cuidado, previdência e segurança; b) de aviso e esclarecimento; c) de informação; d) de prestação de contas; e) de colaboração e cooperação; f) de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; g) de omissão de segredo.<sup>61</sup>

Vê-se, nesse sentido, que da aplicação do princípio da boa-fé decorrem as funções: a) de interpretação dos negócios jurídicos, b) de restrição ao exercício de direitos; e c) criadora desses deveres anexos à prestação principal.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 42.

<sup>59</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. II, p. 16.

<sup>60</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 50/51.

<sup>61</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51/52.

<sup>62</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52.

Contudo, a boa-fé não deve ser aplicada indistintamente a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, sob pena de perder compreensão, como bem aponta José de Oliveira Ascensão, quando afirma que “a boa-fé, se é tudo, passa a não ser nada; passa a ser um rótulo com pouca explicatividade”.

Com efeito, para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias pela simples razão de que os *standards* de comportamento são distintos”.<sup>63</sup> Nos contratos empresariais, por exemplo, é preciso cautela para evitar que a boa-fé objetiva seja arguida para criar direitos ou deveres estranhos à relação contratual existente ou para reescrever o contrato, fazendo deste o último refúgio da parte lesada recuperar perdas decorrentes do seu próprio fracasso.<sup>64</sup>

Nesse plano, a princípio, admitir que nos contratos interempresariais as partes devam agir, não apenas com os outros, mas para os outros e que o contrato deva impor condutas solidárias e em cooperação com a contraparte pode não se coadunar com o ambiente de rivalidade, de disputa, de concorrência que rege as relações entre as empresas<sup>65</sup>.

Logicamente, é possível admitir que a empresa possa agir em seu interesse próprio, pois, “nos contratos comerciais, as partes são independentes e não possuem relação especial de confiança e devem negociar e proteger os seus próprios interesses”<sup>66</sup>, até mesmo porque, muitas vezes, “os contratantes buscam objetivos diversos, uma vez que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte”<sup>67</sup>.

Na seara comercial e societária, a boa-fé objetiva relaciona-se também aos usos e costumes inerentes à praxis mercadológica<sup>68</sup>. O ambiente interempresarial, especificamente, é palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns e se enquadram ainda mais distantes dos valores existenciais

---

<sup>63</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43.

<sup>64</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

<sup>65</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 155.

<sup>66</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 151.

<sup>67</sup> FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

<sup>68</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 223.

que recomendam uma tutela protetiva, não se podendo poupar o empresário dos seus próprios erros.<sup>69</sup>

É cediço, também, que outros parâmetros interpretativos clássicos podem ser aplicados aos contratos empresariais. Do artigo 131 do Código Comercial, que embora revogado não extirpou do nosso sistema jurídico as regras interpretativas nele presentes, podemos extrair alguns pontos centrais que servem ao uso no trato comercial<sup>70</sup>. Assim também se faz no nosso Código Civil.

### 1.3.3. Função social da empresa

Conforme visto, a função social surge, no ordenamento jurídico instituído pelo Código Civil, como ponto de referência na reformulação do princípio da relatividade, devendo ser entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo contrato – a interesses socialmente relevantes e, portanto, dignos de tutela jurídica, que extrapolam a órbita da avença, mas que se relacionam com ela ou são por ela atingidos<sup>71</sup>.

O mesmo acontece no exercício da empresa, quando seus titulares, sejam empresários individuais ou sociedades empresárias, negociam no mercado, cada vez mais competitivo, com o intuito de obtenção de lucro e garantia da manutenção de seu quadro de funcionários e até mesmo da própria atividade<sup>72</sup>.

O conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada destinada à produção ou circulação de bens ou de ser serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário não continue sendo o empreendedor egoísta do passado, divorciado dos interesses gerais da coletividade em que vive, mas sim um produtor, logicamente impulsionado pelo escopo de lucro, consciente de que constitui peça importante no mecanismo da sociedade humana<sup>73</sup>. O fim da empresa, segundo Paula Forgioni, “é construir

---

<sup>69</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 156.

<sup>70</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 228.

<sup>71</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

<sup>72</sup> USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 30.

<sup>73</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77.



riqueza para a comunidade, oferecer trabalho, melhorar a técnica, favorecer o progresso científico – e não simplesmente buscar lucros para distribuição aos sócios<sup>74</sup>”.

Como bem relata Eduardo Tomasevicius Filho, ao afirmar que a função social é um poder-dever, como previsto nos artigos 170 e 186 da Constituição Federal,

“[...] ao mesmo tempo em que a livre iniciativa é um valor fundamental da ordem econômica, porque seu exercício é socialmente útil, exige-se do empresário o exercício da atividade econômica de forma não nociva à comunidade. Impõe-se limites a esse direito, com o dever de não ferir a dignidade dos trabalhadores, nem prejudicar a concorrência, o consumidor ou o meio ambiente de forma indiscriminada”<sup>75</sup>.

Rachel Sztajn defende que a análise dos mercados, local de atuação das sociedades empresárias, deve observar duas vertentes: a liberal, em que a livre iniciativa e livre concorrência são vistas como favorecedoras das eficiências alocativa e produtiva, e a social, que impõe limites à livre iniciativa para privilegiar outros valores.<sup>76</sup>

Nesse sentido, a empresa deve ser conduzida de maneira a propiciar a dignidade coletiva, ou até mesmo de cada um dos cidadãos, e reduzir a desigualdade social, ao promover uma equitativa distribuição de renda. Isto sem contar que a empresa também desenvolve papel relevante na realização dos direitos fundamentais, o que faz com que o Estado deva garantir condições razoáveis para o funcionamento das atividades empresariais<sup>77</sup>.

O próprio Estado, ao criar ambiente propício ao desenvolvimento econômico e garantir a solidez das instituições capazes de gerar e fazer circular riqueza, como o contrato, por exemplo, o Estado obterá a os recursos econômicos provenientes da arrecadação tributária e, com isso, viabilizar políticas públicas em prol da sociedade<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

<sup>75</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: *O direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro*. Alexandre dos Santos Cunha (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 198.

<sup>76</sup> SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 17.

<sup>77</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 119.

<sup>78</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 125.

Assim, além de, a título de seu escopo principal, conferir lucro ao seu proprietário, a empresa deve ter por objetivo distribuir equitativamente os lucros produzidos, gerar e circular riqueza, melhorar a qualidade de vida dos sujeitos que integram a comunidade e, cumprindo suas obrigações legais e atuando com responsabilidade social, contribuir para a concreção da dignidade da pessoa humana e para a atividade de direitos fundamentais sociais.

#### **1.3.4. Usos e costumes**

Tem-se também aí a força normativa dos usos e costumes do mercado, o estilo empresarial. Tal regra básica, segundo nos ensina Paula Forgioni, “corroborar a idéia de que a legítima expectativa da outra parte, baseada naquilo que normalmente ocorre no mercado, há de ser preservada”<sup>79</sup>. Nesse contexto, a autora, analisando o pensamento de Visconde de Cairu, nos informa que “o parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos comerciantes acostumados a praticar a espécie do negócio, e não do cidadão comum”<sup>80</sup>.

Outra regra é a prevalência da vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes. Aqui deve ser levado em consideração o espírito ou a natureza do contrato, que estão ligados aos efeitos sociais e mercadológicos que normalmente dele decorrem, e que, portanto, são calculáveis<sup>81</sup>. As partes, como forma de chegar à vontade comum objetiva devem adotar comportamentos para tanto.

A interpretação em favor do devedor, hoje também em favor do aderente nos contratos de adesão, nos termos do art. 423 do Código Civil, também perfaz regra interpretativa inerente aos contratos empresariais. Paula Forgioni alerta para eventuais resultados desastrosos para o direito comercial, tendo em vista a substituição da expressão “mais favorável ao devedor”, em decorrência de eventual ampliação da noção de contrato de adesão e de sua aplicação aos contratos

---

<sup>79</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 230.

<sup>80</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.

<sup>81</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 224.

empresariais, ou caso não haja mais a interpretação em favor do devedor nesses tipos contratuais<sup>82</sup>.

Assim, é de elucidar que todo esse aparato principiológico e interpretativo traz conseqüências relevantes ao sistema dos contratos empresariais. Primeiro, a dita função econômica assume relevo eis que permite a previsibilidade do comportamento do agente econômico no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro (proteção da legítima expectativa da outra parte).<sup>83</sup>

Não obstante, a racionalidade econômica do empresário deve balizar, inclusive, a tomada de decisões judiciais, devendo-se, nesse sentido, evitar que estas comprometam a segurança e previsibilidade do mercado, assim como aquelas que fogem à lógica do sistema.<sup>84</sup>

Nessa seara, o parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos agentes que atuam naquele mercado e, portanto, acostumados a praticar determinada espécie de negócio, e não o cidadão comum, distanciado daquele business.<sup>85</sup>

A vontade dos contratantes deve ser interpretada de acordo com os usos e costumes empresariais, e estes devem vir ligados à boa-fé. A interpretação do negócio somente pode corroborar a observância e respeito à boa-fé e mútua confiança.

Com essas considerações, chega-se à conclusão de que os contratos empresariais são informados tanto por princípios comuns a todos os contratos, mas devem obedecer à lógica própria do sistema, fazendo-se necessário o estabelecimento de princípios norteadores que orientem a contratação, sua interpretação e até sua regulamentação. No presente tópico, tentou-se sistematizar os princípios correlatos à matéria, a fim de que seja possível diminuir as incoerências, uma vez que não se pode permitir que determinado tipo contratual ofereça proteção a determinado pólo da relação contratual em detrimento dos demais.

---

<sup>82</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 243.

<sup>83</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

<sup>84</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

<sup>85</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.

## 2. CARACTERÍSTICAS COMUNS DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

### 2.1. Escopo de lucro e custos de transação

Nos contratos firmados entre empresários, no exercício da atividade, ambos os polos da relação tem por escopo o lucro. A empresa é voltada para a perseguição de vantagem econômica.

Segundo Forgioni, “a onerosidade talvez seja o atributo dos contratos mercantis mais destacado pela doutrina, que sempre os encarou como forma de obter proveito econômico”. E complementa a autora, conceituando que “por contratos onerosos devemos entender aqueles em ambas as partes suportam um sacrifício (depauperamento) patrimonial (prestação a ser adimplida), a que corresponda uma vantagem”.<sup>86</sup>

Com efeito, os empresários, quando da celebração de contratos entre si, legitimamente acreditam que seus interesses estão sendo satisfeitos. Por interesse, entenda-se lucro, uma vez que a empresa não atua no mercado por outra razão última que não a obtenção de lucro.<sup>87</sup>

Assim, a busca pelo lucro é a peculiaridade fundamental dos negócios mercantis, a partir do qual se desdobram suas demais características.

Por outro lado, as empresas devem levar em consideração seus custos de transação, a fim de que possam auferir, ao máximo, sua lucratividade. As atividades e custos necessários para a concretização de uma negociação, tais como pesquisa sobre as oportunidades existentes no mercado, preços praticados, idoneidade das firmas, qualidade dos serviços, reputação, negociação dos termos do contrato, monitoramento do cumprimento contratual, precauções quanto à segurança, responsabilidade por danos, etc. são chamados “custos de transação”.<sup>88</sup>

Sobre o assunto, transcreve-se as palavras de Paula Forgioni, de suma importância para o trabalho que ora se apresenta.

---

<sup>86</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

<sup>87</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

<sup>88</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

“A empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros (“custos de transação”).<sup>89</sup>

E complementa:

“No momento da celebração, as partes acreditam que estarão “melhor com o contrato do que sem ele”. O agente econômico somente celebrará o contrato se entender que esta é a melhor alternativa possível para a satisfação de sua necessidade. Vale dizer, o negócio com terceiros será realizado apenas se a opção de produzir internamente determinado bem ou serviço não for mais vantajosa para a empresa”.<sup>90</sup>

Na verdade, para que possa atender ao seu escopo de lucro, o empresário, no exercício de sua atividade, deverá ponderar qual o caminho mais adequado à consecução dos objetivos da empresa: se é melhor produzir internamente o produto ou serviço ou se é melhor adquiri-lo no mercado, ou seja, mediante contratação com terceiros.

## 2.2. Função econômica

Consoante Paula Forgioni,

“as partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, mas em vista de determinado fim que, no campo do direito empresarial, ser-lhes-á potencialmente vantajoso. Em qualquer hipótese, a contratação terá um objetivo, almejado em conjunto pelas empresas, isto é, todo negócio tem uma função econômica e nessa função encontra sua razão de ser”.<sup>91</sup>

O empresário, portanto, contrata porque pretende obter determinado resultado que o beneficia. Por sua vez, todo contrato, e isso é mais nítido nos negócios empresariais, tem uma função econômica que o leva à proximidade com o mercado, ou seja, que vai além do subjetivismo/ individualismo das partes

<sup>89</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

<sup>90</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

<sup>91</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

contratantes. Tem-se, então, que o contrato tem uma razão prática a ele imanente, mas deve, complementarmente, atender a um interesse social objetivo e socialmente controlável.

Numa visão hodierna, o contrato deve se aproximar do “social”, distanciando-se dos interesses egoísticos de parte a parte. É necessário, sobremaneira, deixar de considerar apenas a letra fria do instrumento e passar a admitir que os contratantes, valendo-se ainda que de sua autonomia privada, lançam mão dos contratos como meio empregados para a circulação dos bens e serviços e concreção de seus objetivos.<sup>92</sup>

Para a autora, “o conteúdo do negócio não é uma vontade qualquer, mas preceito da autonomia privada, vinculados aos interesses que movem as partes nas relações que estabelecem entre si e com terceiros. Trata-se de ato ligado à circulação mercantil e por ela objetivada”.

Com efeito, a função econômica liga-se à circulação de bens e serviços no mercado (social). Se os contratos empresariais visam sempre ao lucro, é impossível concebê-los distanciados da necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer, ou seja, à sua função econômica.

### **2.3. Segurança e previsibilidade**

Segundo Paula Forgioni, “os contratos empresariais somente podem existir em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas”.<sup>93</sup>

Quem opera no mercado, deve saber que este é uma ordem onde os comportamentos, governados por regras, são previsíveis e regulares. Os comportamentos, então, ao se repetirem conforme uma regra, adquirem um caráter de tipicidade e uniformidade.

Assim, o mercado é uma ordem dada por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes envolvidas (permite um cálculo sobre o futuro).

Essa mesma regularidade que constitui a ordem implica que os empresários, ao firmarem contratos entre si, devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

<sup>93</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76.

No ambiente empresarial, ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra adotará o mesmo comportamento, sendo imprescindível, portanto, sob pena de quebra da racionalidade do sistema, que ambos os empresários planejem sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com o padrão estabelecido por essa ordem que é o mercado<sup>95</sup>.

Essa racionalidade do mercado deve levar em conta o respeito aos princípios orientadores do sistema e deve traduzir um esquema de colaboração para obtenção de vantagens. Garante-se, como isso, o processo, mas não necessariamente o resultado a ser obtido, mesmo porque o risco é inerente aos negócios.

Nesse contexto, os contratos empresariais devem garantir a segurança, a previsibilidade e a proteção das legítimas expectativas das partes. Afinal, um mercado que não dê guarida à confiança e à boa-fé tende ao colapso, porque dificulta o giro comercial e a fluidez das relações econômicas<sup>96</sup>.

Assim, a adoção de comportamentos previsíveis, regulares, pautados pela confiança e racionalidade jurídicas permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo.

## 2.4. Risco empresarial

As contratações empresariais envolvem riscos. Sendo o contrato um empreendimento sobre o futuro, existe a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio.

Romano Cristiano reforça essa ideia, aplicável, por decorrência lógica, aos contratos firmados entre empresários no exercício de sua atividade, dizendo:

“se é verdade que a palavra ‘empresa’ não se refere a todos os tipos de atividade humana (existem com efeito inúmeras atividades que não fazem, por certo, surgir nenhum tipo de empresa), também não pode haver dúvida

---

<sup>94</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76.

<sup>95</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

<sup>96</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

a respeito do seguinte: em sentido geral, a característica fundamental (portanto – note-se – não única) de toda e qualquer empresa é a existência de atividade contendo risco em grau relevante. Melhor dizendo: onde há empresa há risco; ou, caso se prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de dano notável ou de perda de algo importante.”<sup>97</sup>

O risco, portanto, é inerente à atividade empresarial. O risco consiste, segundo o autor, na possibilidade de perda, parcial ou total, do capital separado para o exercício de empresa. Conseqüentemente, os negócios jurídicos empresariais dificilmente a não são expostos a risco. Na verdade, todo contrato expõe as partes a algum tipo de risco.

Contudo, não sendo possível eliminar as possibilidades de perda, eis que dentro da moldura típica dos negócios empresariais, ao menos é possível alocá-las, distribuí-la entre os agentes econômicos. Para tanto, as empresas valem-se da lei ou do contrato, instrumento pelo qual, então, se disciplina a forma de distribuição recíproca dos riscos<sup>98</sup>.

Exemplo de atribuição legal de responsabilidade decorrente de riscos do negócio encontra-se no art. 492 do Código Civil, que preconiza que “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

Exemplo de atribuição contratual da responsabilidade em razão de riscos está na cláusula “Free on Board”, que atribui, nas relações mercantis, ao vendedor o encargo de entregar a mercadoria a bordo, pelo preço estabelecido, ficando as despesas decorrentes do transporte (frete e seguro) por conta do comprador, bem como os riscos, até o porto de destino<sup>99</sup>.

Assim, sendo o risco próprio, comum às negociações mercantis, o contrato é importante e eficiente aliado na distribuição das perdas e na manutenção da segurança jurídica entre as partes contratantes.

---

<sup>97</sup> CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 94.

<sup>98</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

<sup>99</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.



## 2.5. Profissionalismo

A atividade exercida pelo empresário deve ser profissional. Essa característica, decorrente do artigo 966 do Código Civil indica algo relativo ao exercício de determinada atividade como profissional. Romano Cristiano, a partir de uma análise etimológica conceitua ‘profissão’ como atividade publicamente declarada. Para o autor, essa definição traz evidentes consequências, pois segundo ensina Romano Cristiano

“é óbvio que, quando alguém declara publicamente o exercício de determinada atividade (através de um registro ou mediante posicionamentos práticos, está também declarando de forma implícita que, com relação à mesma atividade, pretende praticar não apenas um ou poucos atos, nem pretende praticar atos só de vez em quando; ao contrário, pretende praticar longa série de atos consecutivos, de modo geral sem interrupções”.<sup>100</sup>

Daí, infere-se que o empresário, ao atuar no mercado ao qual se encontra inserido, o faz com absoluta e total habitualidade, praticando atos seguidos e em continuação. Forçoso concluir, então, que todo e qualquer ato esporádico, isolado, ainda que praticado com escopo de lucro e presença necessária de capital, não será considerado como ato empresarial.<sup>101</sup>

Destarte, a ausência do requisito da habitualidade, ou seja, do profissionalismo, descaracteriza por completo a atividade como sendo empresarial.

## 2.6. Organização (empresarial)

A palavra organização é imprecisa, ampla e não possui contornos definidos. É de tal extraordinária abrangência a ponto que, hodiernamente, existem atividades não-lucrativas exercidas de forma altamente organizada. Tome-se como exemplo, as atividades, não-empresariais, prestadas por associações e fundações.

Há, portanto, pequena diferença entre as atividades não-empresariais, onde a organização pode ou não existir, e a atividade empresarial. Apesar da organização

<sup>100</sup> CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 130.

<sup>101</sup> CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 131.

não distinguir, nitidamente e com segurança, uma da outra, uma vez que existem atividades não-empresárias organizadas, o fato é que, na atividade empresarial, a organização existe sempre, como consequência do exercício de atividade com utilização de capital.<sup>102</sup>

O que torna possível o surgimento da organização empresarial é a utilização de capital separado.

“De fato, é com capital que o empresário compra o imóvel ou paga o respectivo aluguel; compra móveis, instalações, máquinas e utensílios; compra, principalmente, as mercadorias que pretende revender; remunera serviços de empregados; paga serviços de transporte, de consertos diversos, de publicidade e outros. De forma que a organização resultante da atividade do empresário acaba sendo sempre mero desdobramento da ideia de utilização de capital (utilizar, aliás, tem o significado de “tornar útil para alguma finalidade”); com o que, ela não passa de simples corolário”.<sup>103</sup>

Assim, a atividade empresarial, para que atinja seu fim último, a maximização de lucros e a satisfação da necessidade concreta de seus consumidores, deve ser submetida a um processo de organização.

## 2.7. Concorrência e rivalidade

Concorrência é competição.

Concorrência é a disputa entre dois rivais pelo mesmo negócio ao mesmo tempo. É a procura ou esforço para ganhar o que o outro está esforçando-se para ganhar ao mesmo tempo. Significa, ainda, liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo a deslealdade e embaraços artificiais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial<sup>104</sup>.

Citando Benjamin M. Shieber, Simone Letícia Severo e Sousa ensina que concorrência ou competição “consiste na luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado, quando se fala de vendedores, ou uma maior ou melhor parte da oferta, quando se fala em compradores”<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 116.

<sup>103</sup> CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 121.

<sup>104</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 78.

<sup>105</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

## Ensina Carlos Olavo que

“do princípio da liberdade de iniciativa económica privada decorre a existência, ou pelo menos, a possibilidade, de uma pluralidade de sujeitos económicos diferenciados que actuam em direcção a um mercado, pois à liberdade de iniciativa de um contrapõe-se a liberdade de iniciativa dos demais.

A concorrência caracteriza-se por uma pluralidade de actuações (na medida em que existe uma pluralidade indiscriminada de fornecedores de bens e serviços) convergentes, isto é, que se dirigem a uma pluralidade indiscriminada de consumidores, e tem a sua raiz na limitação de meios de que cada sujeito económico dispõe para satisfazer as suas necessidades, teoricamente ilimitadas”<sup>106</sup>.

O ato de concorrência é um ato de afirmação no mercado por um operador económico. O ato de concorrência tem que ter projecção no exterior, produzir efeitos no mercado. Nessa afirmação, inclui-se a auto-apresentação no mercado – da própria empresa e dos seus produtos<sup>107</sup>.

A ação tradicional de concorrência pressupõe atuação livre de um grande número de competidores (sociedades e empresários) no mercado de um mesmo produto. Atuação esta de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, muitas vezes por meio de práticas colusórias e abusivas, no preço dos bens e serviços<sup>108</sup>.

Segundo José Oliveira Ascensão,

“a ideia motriz da concorrência é a de que as prestações dos vários operados económicos se devem defrontar no mercado com mínimo de constrangimentos, para que vença o melhor. Ter-se-ia sempre presente o modelo da concorrência perfeita, embora essa seja inatingível.

Se a vitória for devida a outros factores, que não a superioridade da própria oferta, contributo ou prestação (particularmente através do binómio qualidade/ preço) a concorrência é falseada.

Mas se é o mercado que decide, surge como elemento essencial a liberdade do destinatário ou consumidor. Haverá um princípio da liberdade de escolha no mercado, que é decisivo para a concorrência. A concorrência repousa assim em dois pilares: a objectividade, ou autenticidade, da oferta e liberdade, ou genuinidade, da escolha”.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> OLAVO, Carlos. *Concorrência desleal e direito industrial*. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 53.

<sup>107</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. *O princípio da prestação: um novo fundamento*. ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 11.

<sup>108</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem económica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

<sup>109</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. *O princípio da prestação: um novo fundamento*. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 9.

A concorrência é, pois, a competição entre os vários agentes econômicos com vista a que cada um atinja a supremacia em relação aos demais.<sup>110</sup>

Apresenta, ainda, a concorrência, função de proteção, já que abre ao consumidor possibilidade de múltiplas escolhas, e de seleção, deixando no mercado tão só as empresas mais eficientes<sup>111</sup>.

Funciona, também, como incentivo adequado para aumentar a produtividade e introduzir novos e melhores produtos no mercado, gerando assim o crescimento econômico<sup>112</sup>.

Assim, parece natural que a concorrência seja combustível para que as empresas busquem soluções internas, visando a contribuir efetivamente com produtos de melhor qualidade e preços mais acessíveis, e, enfim, atingir seus objetivos institucionais no mercado. E, nesse sentido, deve ser protegida, tanto individualmente (objetivando-se coibir deslealdade entre os empresários concorrentes), quanto institucionalmente, preservando-se as estruturas econômicas de livre mercado, tendo por objetivo punir as infrações à ordem econômica<sup>113</sup>.

Afinal, “a defesa da concorrência deve configurar um instrumento para um mercado transparente, saudável e leal, tornando viável o equilíbrio entre liberdade e proteção”<sup>114</sup>.

Destarte, a concorrência livre é ínsita à atividade empresarial, razão pela qual a concorrência desleal, ilícita, deve ser combatida não apenas pelos concorrentes lesados, como por toda a sociedade.

## 2.8. Padrão de cuidado e dever de diligência empresarial

A vida empresarial passou a depender direta e constantemente de fatos exógenos em virtude da globalização e das intervenções do Estado nas relações econômicas. No passado, ao empresário bastava conhecer o mercado para o qual

<sup>110</sup> OLAVO, Carlos. *Concorrência desleal e direito industrial*. In: ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 54.

<sup>111</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

<sup>112</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 80.

<sup>113</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 264.

<sup>114</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 265.

atuava. Hoje, cabe-lhe acompanhar o mundo externo, em tudo que pode interferir, direta e indiretamente, na produção ou comercialização de seus bens e/ou serviços<sup>115</sup>.

Não basta ao empresário, como antes, a racionalidade e a audácia; precisa ter a intuição e a ponderação, ser um administrador eficiente e hábil negociador e acompanhar a evolução do Direito. Suas tomadas de decisões dependem da obtenção de que todas as informações relevantes estejam razoavelmente disponíveis, nas circunstâncias, e do domínio das técnicas de comunicação e informação<sup>116</sup>.

É exigido, portanto, dos empresários uma atuação com grau de habilidade, diligência e cuidado de uma pessoa razoavelmente prudente, devendo ser levado em consideração, para tanto, seu sucesso nas atividades empresariais, sua experiência e conhecimento dos riscos.

A ideia de diligência está relacionada ao esforço ou zelo para cumprir o dever<sup>117</sup>. O dever de diligência é, destarte, um dever de prudência no exercício da atividade empresarial e de atuação conforme a especificidade do mundo negocial e os critérios admitidos em cada setor de atividade. Com efeito, nos contratos empresariais o dever de buscar informações pode atenuar o dever de informação da outra parte, pois o dever de diligência exige que o administrador deva estar munido das informações necessárias para tanto, em especial aquelas relevantes e razoavelmente disponíveis, concernentes tanto à parte legal quanto à negocial (conhecimento do mercado, política e produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções)<sup>118</sup>.

Segundo Ricardo Lupion, “o conteúdo do dever de diligência revela que a conduta do administrador de uma sociedade empresarial envolve deveres de qualificação, informação, participação, cuidado e intervenção”.

Para Flávia Parente, em seu estudo sobre o dever de diligência dos administradores de sociedades anônimos que, a nosso ver, também se aplica aos

---

<sup>115</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 161.

<sup>116</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 162.

<sup>117</sup> PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 37.

<sup>118</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 227.

empresários no exercício de sua atividade empresarial, esse dever pode ser decomposto em cinco deveres relativamente distintos:

- a) dever se qualificar para o exercício do cargo, que evidencia a necessidade de o administrador possuir e adquirir os conhecimentos mínimos acerca das atividades que serão desenvolvidas pela sociedade;
- b) o dever de bem administrar, que consiste na atuação do administrador visando à consecução do interesse social, dentro dos limites do objeto social;
- c) o dever se informar, o qual impõe aos administradores a obrigação de obter todas as informações necessárias ao desenvolvimento adequado do negócio social;
- d) o dever de investigar, segundo o qual os administradores devem não apenas analisar concretamente as informações que lhe foram fornecidas para verificar se são suficientes ou se devem ser complementadas, como também, de posse dessas informações, considerar os fatos que podem eventualmente vir a causar danos à sociedade, tomando as providências cabíveis para evitar que tal ocorra; e
- e) o dever de vigiar, que consiste na obrigação permanente de os administradores monitorarem o desenvolvimento das atividades sociais<sup>119</sup>.

Some-se aos deveres decompostos do dever de diligência, o de não praticar erros graves. É claro que se reconhece, ao empresário, na administração de seus negócios, a possibilidade de atuação com discricionariedade, decidindo sobre a conveniência e oportunidade de decisões, desde que respeitadas a lei e o estatuto ou contrato social. Porém, “o erro grave caracteriza conduta culpável, por imperícia ou imprudência, acarretando violação do dever de diligência”<sup>120</sup>. Como exemplo disso, tem-se “a prática de operações especulativas e arriscadas, com risco elevado ou desproporcional ao benefício esperado, bem como aquelas com faltas de garantias ou que impliquem endividamento excessivo para a sociedade”<sup>121</sup>.

Todavia, nos contratos empresariais, com finalidade econômica,

“o dever de informação (da outra parte) pode e deve ser mitigado pelos padrões de cuidado e diligência dos administradores da empresa no momento da celebração do contrato, considerando os elevados níveis de informações que possuem (ou deveriam possuir) para a adequada avaliação das condições do contrato, pois não há como admitir que, tendo ignorado ou calculado mal tais variáveis, ou, pior, estar arrependida com o preço acordado no ato da contratação, a parte pretenda, sob o manto da função social do contrato pleitear a resolução deste, isso porque o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um

<sup>119</sup> PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101.

<sup>120</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 230.

<sup>121</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 231.

tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir os erros eventualmente praticados <sup>122</sup>.

Importa salientar, no contexto do presente trabalho, que parte da doutrina entende que os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, nos contratos empresariais, restam mitigados pelo ônus que cabe às empresas decorrentes dos deveres de cuidado e de diligência dos administradores que as representam, pois a obrigação de acompanhar o mundo exterior em tudo que pode interferir, direta e indiretamente, na produção ou comercialização <sup>123</sup>.

Com efeito, nos contratos empresariais o dever de buscar informações pode atenuar o dever de informação da outra parte, pois o dever de diligência exige que o administrador deva estar munido das informações necessárias para tanto, em especial aquelas relevantes e razoavelmente disponíveis, concernentes tanto à parte legal quanto à negocial (conhecimento do mercado, política e produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções) <sup>124</sup>.

Outro aspecto que também pode e deve mitigar os deveres de conduta é a busca do lucro nos contratos empresariais <sup>125</sup>.

Citando Enzo Roppo, Ricardo Lupion destaca que:

“a indiscriminada tutela dos interesses particulares dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade geral do lucro; é claro que se a cada contraente fosse consentido liberar-se dos seus compromissos contratuais, só porque lamenta que a operação não lhe deu os lucros que esperava, resultariam revolucionados não só e não tanto as expectativas de lucro alimentadas em relação á mesma operação, pela parte contrária, mas todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas.

[..]

O ordenamento não tutela nem sequer as concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual (a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo o contraente o deve assumir). Assegurando o respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstrata possibilidade do lucro; garante,

<sup>122</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 160.

<sup>123</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 161.

<sup>124</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 166.

<sup>125</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167.

genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos operadores singulares que agem no mercado”<sup>126</sup>.

E conclui o jurista italiano que as consequências do erro de previsão, do erro sobre o valor de mercado da coisa adquirida ou, ainda, nas avaliações subjetivas de conveniência devem ser suportados exclusivamente pelo operador que errou em busca de proveito próprio individual.

Nesse particular, imperioso notar que a revisão de contratos ou de cláusulas contratuais não serve para corrigir maus negócios. Como afirma Paula Forgioni, “nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado”<sup>127</sup>.

Assim, no contexto empresarial, não se pode permitir ao contraente liberar-se dos seus compromissos porque, no seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, sob pena de subversão completa do sistema e insegurança e imprevisibilidade comprometedoras<sup>128</sup>.

Para a autora, “o agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões. Na verdade, a possibilidade de erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais”. Em verdade, esses enganos são previstos e até mesmo desejados pelo sistema jurídico, uma vez que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial. Nesse sentido, finaliza a autora que

“é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente)”<sup>129</sup>.

Portanto, a interpretação do negócio empresarial não pode desconsiderar os pressupostos de funcionamento do sistema, especialmente aqueles relativos à

<sup>126</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988 *apud* LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167/168.

<sup>127</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 93.

<sup>128</sup> FORGIONI, Paula Andréa. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

<sup>129</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 91.



mitigação de deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, nesse tipo específico de negócio, os usos e costumes, a função econômica dos contratos empresariais, a rivalidade e concorrência, os riscos do mercado, a racionalidade inerente à atividade e, por fim, as regras do jogo.

### 3. CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DA LESÃO E SUA CONSEQUÊNCIA PARA OS CONTRATOS LESIONÁRIOS

Nos termos do artigo 157 do Código Civil Brasileiro, “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Pode-se genericamente definir lesão como o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes<sup>130</sup>.

É de se observar que o dispositivo legal em comento encontra-se previsto em Capítulo próprio que trata dos defeitos do negócio jurídico. Assim, como defeito dos contratos, a lesão contratual é a desproporção existente entre as prestações de um contrato, verificada no momento da realização do negócio (§1º do art. 157), havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente de situação de inferioridade de outra parte<sup>131</sup>.

A lesão exige, na forma em que se encontra positivada, a presença de dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo.

O primeiro configura-se na desproporção das prestações estabelecidas no contrato. Tal desproporcionalidade pode ser determinada a partir de um parâmetro quantitativo (como no caso da lesão enorme, na qual, segundo as fontes romanas, o preço da venda era inferior à metade do que se considerava preço justo; ou a lesão enormíssima, em que a diferença em prejuízo do vendedor era de mais de dois terços do preço justo); ou como no sistema do CC, apresentar-se como um conceito aberto, exigindo tão-somente que as prestações sejam desproporcionais, segundo a valoração do magistrado.<sup>132</sup>

O requisito objetivo, portanto, situa-se na desproporção evidente e anormal das prestações, quando uma das partes auferir ou tem possibilidade de auferir, do negócio jurídico firmado, um lucro expressivamente maior do que a prestação que pagou ou prometeu<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 544.

<sup>131</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I, p. 294.

<sup>132</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I, p. 294.

<sup>133</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 546.

O requisito subjetivo é o que a doutrina denomina dolo de aproveitamento, caracterizado, no que pertine à parte que causa a lesão, na exploração do lesado. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “se configura na circunstância de uma das partes aproveitar-se das condições em que se encontre a outra, acentuadamente a sua inexperiência, a sua leviandade ou o estado de premente necessidade em que se acha, no momento de contratar”<sup>134</sup>. O elemento subjetivo, quanto ao lesado, caracteriza-se a partir de suas condições de inferioridade na contratação, sendo tais condições determinadas, nos termos do Código Civil, pela premente necessidade ou por inexperiência do contratante<sup>135</sup>.

É de se gizar que a necessidade do contratante não está relacionada às condições econômicas do mesmo, mas sim à impossibilidade de evitar o contrato, o que independe da capacidade financeira do lesado. Já a inexperiência se relaciona ao contrato, consistindo na falta de conhecimentos ou habilidades relativos à natureza da transação<sup>136</sup>.

Ademais, veja-se que a desproporção das prestações deve estar caracterizada no momento da celebração do negócio jurídico, devendo ainda ser apreciada, segundo os valores vigentes àquele tempo, assim como a aferição do dolo de aproveitamento, oriunda da necessidade contratual ou da inexperiência<sup>137</sup>.

Se em outro momento e em circunstâncias diferentes o agente não é necessitado ou inexperiente, ou se o valor da prestação recebida se distancia da prestação paga ou prometida, por força de outras circunstâncias (depreciação do valor da moeda, realização de obras ou melhoramentos beneficiando a coisa), e venha a ocorrer a desproporção manifesta, não há falar em lesão<sup>138</sup>.

Com isso, temos a lesão como um encargo desproporcional, do qual resulta onerosidade excessiva a um das partes, resultante de um contrato avençado validamente entre os contratantes, com aproveitamento da outra parte. E, ainda,

---

<sup>134</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 548.

<sup>135</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 291.

<sup>136</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 291.

<sup>137</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 548.

<sup>138</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 548.

como visto, a desproporção deve ser aferida no momento da formação do contrato<sup>139</sup>.

Sendo assim, se o desequilíbrio das prestações contratuais decorre de fatos posteriores à celebração do vínculo, não há falar em lesão, devendo ser invocada, nesse caso, a resolução ou revisão contratual por onerosidade excessiva, na forma do art. 478 do Código Civil e outros correlatos<sup>140</sup>.

Com efeito, se a lesão não ocorre concomitantemente à formação do contrato, mas na execução desta obrigação, "temos uma categoria especial de lesão, não decorrente do contrato naquilo que se diz respeito ao momento de sua formação, porque ele não resultou de aproveitamento de um dos contratantes, mas nasceu dos acontecimentos subsequentes à sua perfeição – lesão superveniente-, o que constitui objeto da teoria da imprevisão".<sup>141</sup>

Nesse sentido, é de se verificar que a lesão importa anulação, e não resolução, como se dá na superveniente onerosidade excessiva, cabendo ressaltar que o negócio também poderá ser salvo, se o beneficiado oferecer complementação do valor ou concordar com a redução do proveito, ajustando-se as prestações<sup>142</sup>.

O fato é que, constatada a lesão, o contrato lesionário será inválido, seja por nulidade, seja por anulabilidade. Além destas duas modalidades, às quais conduzem à invalidade do negócio jurídico, a exemplo do § 2º do artigo 157 do Código Civil, que permitem a adequação do contrato, de modo que se elimine a desproporção, mantendo-se a validade da avença<sup>143</sup>.

Poderíamos, assim, entender que ao Poder Judiciário caberia, ao invés de invalidar completamente o contrato, extrair deste as cláusulas e condições causadoras da lesão, de modo que, preservando o ato jurídico, elimine dele o desequilíbrio<sup>144</sup>. Mas poderia fazê-lo em sede de contratos interempresariais, quando as partes contratantes estivessem na relação jurídica em pleno exercício da

<sup>139</sup> GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina – jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 143/144.

<sup>140</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. I, p. 295.

<sup>141</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *A lesão nos contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 108.

<sup>142</sup> PELUSO, Cezar (Coord). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Barueri, SP: Manole. 2009, p. 127.

<sup>143</sup> GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina – jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 149.

<sup>144</sup> GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina – jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 149.

atividade empresarial? Seria legítimo, então, ao Poder Judiciário, adequar um contrato lesionario de modo a eliminar a desproporção de suas prestações?

Diante disso, a possibilidade de aplicação do instituto aos contratos empresariais é o que será abordado no tópico seguinte.

#### 4. A APLICABILIDADE DA LESÃO AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

O Código Civil possui, em vários dispositivos, tendência a proteger a parte mais fraca da relação jurídica contratual e, nesse sentido, destaca-se o comentado artigo 157, que trata da lesão.

É claro que, a princípio, toda pessoa pode, de maneira lícita, utilizar-se de sua diligência e liberdade privada para contratar, desde que não use de fraude ou violência contra a pessoa com quem trata ou contra terceiro, a quem destine prejudicar em seu direito. Fala-se, então, na obrigação de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé, nos termos do artigo 422 do Código Civil.<sup>145</sup>

Fazendo alusão a Cairu, Paula Forgioni nos diz que toda pessoa

“pode, no ajuste do preço, tirar a possível vantagem, estipulando-a com franqueza e boa-fé. Porém, a boa razão impede que haja abuso do domínio ou de qualquer outra faculdade humana e social. Sobretudo nas transações do comércio que, por serem aceleradas, e peremptórias, muitas vezes se fazem na confiança da boa-fé do vendedor, supondo-se que ele exige um preço razoável, e comum”.<sup>146</sup>

Entretanto, como visto em diversos momentos no decorrer do presente estudo, os comerciantes (empresários) presumem-se hábeis e perspicazes nos negócios firmados em razão da atividade por eles desempenhada. Talvez por isso, tem-se como inadmissível a alegação da lesão nos seus tratos mercantis, seja por escusa ou por ignorância. Não é dada ao empresário a inexperiência no trato comercial<sup>147</sup>.

Alguns autores corroboram o entendimento no sentido de que o instituto da lesão não integra o sistema mercantil, muitos deles remetendo-se à disposição constante do artigo 220 do Código Comercial revogado de que “a rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”. É o que entende a autora aqui citada que nos diz que “a reanimação do instituto da lesão em nosso sistema jurídico agora

<sup>145</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

<sup>146</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

<sup>147</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

unificado (com o novo Código) não pode ser empregada para aviltar o comércio jurídico”<sup>148</sup>.

Diante dessas considerações, chama aquela doutrinadora atenção para que o texto do novo Código Civil não seja aplicado de forma a neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis no mercado, devendo ser respeitada a álea normal do contrato e as condições, muitas vezes de risco, nas quais se encontram os empresários. Partindo dessa análise, traz a autora a seguinte importante questão, a qual nos servimos de acompanhar para desenvolver o tema específico da presente monografia:

“Por tudo isso, preocupa a interpretação/ aplicação que será dada ao texto do art. 157 quando estiverem envolvidos negócios celebrados entre empresários. Será desconsiderada a força do contrato quando uma das partes ‘errar’ na sua previsão? Um exemplo prosaico: tomemos uma empresa em difícil situação econômica, que, para captar determinado parceiro comercial, resolve conceder-lhe grandes vantagens. O contrato poderá ser descartado, alegando-se a lesão? Se assim for, cumpre-nos perguntar: qual agente econômico racional contratará com outro que passa por percalços financeiros? Se houver o negócio, o custo a ser suportado pela empresa em dificuldades não será agravado pela situação de incerteza jurídica trazida pelo novo texto legal? Pensemos ainda em uma empresa que comercializa produtos perecíveis e resolver ‘queimar’ seus estoques com data de vencimento próxima, vendendo-os a preços excessivamente baixos. Poderá o adquirente ter o negócio desconstituído?”<sup>149</sup>

Obviamente, essas questões não encontram prontamente respostas, ainda mais considerando que no Brasil não se tem construção doutrinária sólida sobre a aplicação da lesão aos contratos empresariais<sup>150</sup>. Contudo, tendo como parâmetro aquilo que foi aqui abordado, procurar-se-á definir alguns critérios para a obtenção das respectivas respostas.

Como alhures visto, a empresa tem como escopo principal conferir lucro e distribuí-los equitativamente. Na tarefa de gerar e circular riqueza, deve, a empresa, melhorar a qualidade de vida dos sujeitos que integram a comunidade, cumprindo suas obrigações legais e atuando com responsabilidade social. Nesse campo, os empresários em difícil situação econômica tornam-se beneficiários da função social que deve a empresa desempenhar. Diante disso, os agentes do mercado poderão, a título de alavancar e dar suporte à empresa, contratar com aquelas sociedades em

<sup>148</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 248.

<sup>149</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 249.

<sup>150</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 250.

dificuldades e, com isso, estarão fomentando a qualidade de vida dos integrantes do mercado e desempenhando sua função social, sem que haja a preocupação com eventual rescisão do contrato outrora celebrado. Cabe ressaltar que, quando isso ocorre, estar-se-á minimizando eventuais riscos de falência da sociedade, sem contar que a contratação com parceiros em dificuldades financeiras é medida benéfica para a recuperação judicial e extrajudicial das sociedades regidas pela Lei 11.101/2005.

Nesse diapasão, façamos menção ao artigo 47 dessa Lei, que informa que a recuperação judicial “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Por outro lado, a função social impõe que seja respeitada a livre concorrência e, em razão disso, a obtenção de vantagens competitivas está diretamente ligada à normalidade do mercado. Sendo assim, a aplicação do art. 157 no campo do direito empresarial “deverá ser extremamente cuidadosa, sob pena de transformar-se em instrumento de neutralização de vantagens competitivas”<sup>151</sup>.

Ainda, restou aqui assentado que a força normativa dos usos e costumes do mercado, ou seja, o estilo empresarial corrobora a ideia de que a legítima expectativa da outra parte há de ser preservada, de acordo com o que normalmente ocorre no mercado<sup>152</sup>. Diante disso, é certo que o parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos comerciantes acostumados a praticar a espécie do negócio, e não do cidadão comum<sup>153</sup>. Sendo assim, não caberia a alegação da lesão, eis que não haveria que se falar em inexperiência no momento de contratar. Além disso, não necessariamente estar-se-ia caracterizado o dolo de aproveitamento que, como visto, caracteriza-se pela exploração do lesado. Ora, se a situação de normalidade é a de que os empresários estão acostumados ao trato comercial, não haveria condição de inferioridade no momento da contratação. Faltaria, portanto, o requisito subjetivo da lesão.

---

<sup>151</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 250.

<sup>152</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 230.

<sup>153</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.



Não se pode olvidar que a onerosidade é atributo dos contratos mercantis. É, portanto, forma de obtenção de proveito econômico. Sendo assim, normal que as partes “suportem um sacrifício (depauperamento) patrimonial (prestação a ser adimplida), a que corresponda uma vantagem”.<sup>154</sup>

Como já observado, os empresários, quando da celebração de contratos entre si, legitimamente acreditam que seus interesses (lucros) estão sendo satisfeitos, uma vez que a empresa não atua no mercado por outra razão última que não a obtenção de lucro<sup>155</sup>.

Nesse particular, em sua busca primordial por lucro, não se pode falar em desvantagem quando da contratação firmada por empresários. Em sendo certo que a opção pela contratação colocará a empresa em situação pior àquela em que se encontre naquele momento, melhor nem haver a conclusão do contrato. Isto porque as contratações são também resultado dos custos das escolhas do empresário. O agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando seus custos de transação. É cediço que a empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens<sup>156</sup>.

Entra nesse enredo a questão da segurança e previsibilidade que deverá caracterizar o ambiente. A anulação por lesão desvirtua o mercado, que deve ser uma ordem onde os comportamentos, governados por regras, sejam previsíveis, regulares e uniformes.

No ambiente empresarial, ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra adotará o mesmo comportamento, sendo imprescindível que os empresários planejem adequadamente sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com o padrão estabelecido pelo mercado<sup>157</sup>.

Assim sendo, um mercado que não dê guarida à confiança e à boa-fé tende ao colapso, eis dificultar o giro comercial e a fluidez das relações econômicas<sup>158</sup>. A alegação de lesão nessas relações quebra a racionalidade do sistema. Aplicando-se

---

<sup>154</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

<sup>155</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

<sup>156</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

<sup>157</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

<sup>158</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

mal o instituto, é bem provável que nenhum agente econômico racional contrate com outro que enfrente percalços financeiros, haja vista a insegurança jurídica dessa contratação, dada a quebra das regras do jogo empresarial.

Alusivamente ao abordado quanto ao risco da atividade empresarial, ficou assentado que, nas avenças comerciais, existe, de maneira latente, a possibilidade de, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restarem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio.

Como visto, a característica fundamental de toda e qualquer empresa é a existência de atividade contendo risco em grau relevante, motivo pelo qual eventual desproporção entre as prestações quando das contratações no exercício da empresa é algo inerente à práxis empresarial. Ressalte-se, outrossim, ser por intermédio do contrato que se poderá eliminar possibilidades de mais perdas e de distribuí-la entre os agentes econômicos (distribuição recíproca dos riscos).<sup>159</sup>

Outra característica inerente atividade empresarial, a organização, impede a alegação do vício do consentimento ora em debate. A prática de atos consecutivos de maneira organizada, como consequência do exercício de atividade com utilização de capital, sugere que o empresário, sopesando os riscos do negócio, somente contrate quando houver probabilidade real de ganhos mínimos.

Além das considerações até aqui expendidas, a aplicação da lesão e sua consequente anulação do negócio jurídica desvirtua a competição dos agentes do mercado. Isto porque, sendo a concorrência disputa entre dois rivais pelo menos negócio ao mesmo tempo, extirpar do mundo jurídico um negócio outrora firmado retira a possibilidade de outro agente participar do mercado ou desenvolver sua atividade empresarial. Outro empresário, devidamente integrado à lógica empresarial, seja em dificuldades financeiras ou diante qualquer outra necessidade, poderia ter concluído o contrato sem que, destoando da normalidade mercadológica, oportunamente alegasse a inexperiência ou desproporcionalidade manifesta no momento da contratação.

Cabe lembrar que a luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado deve ser sempre preservada pelos juízes quando do exercício da jurisdição, nos diversos casos de disputa empresarial a eles submetidos.

---

<sup>159</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

Não se pode olvidar que a ação tradicional de concorrência pressupõe atuação livre de um grande número de competidores (sociedades e empresários) no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, muitas vezes por meio de práticas colusórias e abusivas, no preço dos bens e serviços<sup>160</sup>. Nesse sentido, a alegação de lesão caracteriza-se como prática abusiva com vistas a influir no preço dos produtos ou serviços, motivo pelo qual não deve ser aplicada no âmbito do direito empresarial.

Entendemos, nesse ponto, até mesmo que a alegação de lesão nos negócios empresariais é uma maneira de as empresas em más condições de operacionabilidade financeira furtarem-se à seleção natural decorrente da concorrência que, normalmente, visa a deixar, no mercado, tão só as empresas mais eficientes.

Por fim, no que tange à concorrência, haja vista ser a sua defesa um instrumento para um mercado transparente, saudável e leal, tornando viável o equilíbrio entre liberdade e proteção, não seria prudente a inserção do instituto em voga ao ambiente empresarial.

Quanto ao padrão de cuidado e diligência empresarial, passamos a tecer os seguintes comentários. Como bem colocado por Renato Ventura Ribeiro, o dever de diligência é dever de prudência no exercício da atividade empresarial e de atuação conforme a especificidade do mundo negocial e os critérios admitidos em cada setor de atividade. Nos contratos empresariais, o dever de diligência exige do empresário estar munido das informações necessárias para desempenhar sua empresa (conhecimento do mercado, política e produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções, informações sobre a concorrência)<sup>161</sup>.

Conforme verificado, dentre os deveres do dever de diligência está o de não praticar erros graves, caracterizados estes como condutas culpáveis, imperitas ou imprudentes. Como exemplo do que um empresário não deve fazer, tem-se “a prática de operações especulativas e arriscadas, com risco elevado ou

---

<sup>160</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 79.

<sup>161</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 227.

desproporcional ao benefício esperado, bem como aquelas com faltas de garantias ou que impliquem endividamento excessivo para a sociedade”<sup>162</sup>.

É claro, entretanto, que o agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões. O erro, como afirma Paula Forgioni, “é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais”<sup>163</sup>. Segundo ela, esses enganos são previstos e até mesmo desejados pelo sistema jurídico, uma vez que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial, como outrora afirmado.

Não obstante, o que não pode ocorrer é a indiscriminada tutela do erro. A tutela dos interesses particulares dos agentes econômicos e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto. Se houver o consentimento institucional em liberar os empresários dos seus compromissos contratuais só porque lamentam que a operação não lhes deu os lucros esperados, como afirmou Ricardo Lupion, “resultariam revolucionados não só as expectativas de lucro alimentadas em relação á mesma operação, pela parte contrária, mas todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas”<sup>164</sup>.

Assim, a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta, por si só, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, no caso a anulação do negócio jurídico por lesão, haja vista o princípio de que certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo o contraente o deve assumir.

Como ensina Lupion, “assegurando o devido respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstrata possibilidade do lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos operadores singulares que agem no mercado”<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 231.

<sup>163</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 91.

<sup>164</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167.

<sup>165</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988 *apud* LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167/168.

Assim, no contexto empresarial, não se pode permitir ao contraente liberar-se dos seus compromissos porque, no seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, sob pena de subversão completa do sistema e insegurança e imprevisibilidade comprometedoras<sup>166</sup>.

Nesse sentido, as consequências dos erros nas avaliações subjetivas de cada empresário devem ser por ele exclusivamente suportados, não devendo a revisão de contratos ou de cláusulas contratuais, ou anulação integral do negócio jurídico, servir para corrigir maus negócios empresariais.

Por essas e outras razões, o instituto da lesão não integra o sistema do direito mercantil.

---

<sup>166</sup> FORGIONI, Paula Andréa. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

## CONCLUSÕES

Com fundamento nos temas abordados na presente trabalho, procurou-se compatibilizar a lógica própria do direito empresarial e dos contratos interempresariais com instituto que, na verdade, melhor se amolda às avenças celebradas entre particulares, sem estarem investidos na qualidade de sujeito atuante do mercado de empresa.

Mesmo diante da escassez de obras doutrinárias que abordassem o tema específico, esta monografia teve como objeto verificar a possibilidade de aplicação da lesão, defeito do negócio jurídico previsto no artigo 157 do Código Civil, e das consequências a isto inerente, qual seja a rescisão parcial ou total, aos contratos firmados entre empresários no exercício da atividade empresarial.

Estando, portanto, configurados os requisitos da lesão, a inexperiência ou a premente necessidade, caberia ao Poder Judiciário revisar o teor do contrato e determinar o retorno das partes ao *status quo ante*?

No âmbito do direito civil, a regra é a anulabilidade dos contratos celebrados em se estando presentes tais requisitos, ocasiões tais que uma das partes se encontra sob premente necessidade, ou em razão de sua inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação da contraparte.

Não deve, portanto, existir dúvidas quanto à aplicabilidade desse instituto aos contratos civis, até mesmo porque o próprio Código Civil regulamentou o instituto, não previsto anteriormente no Código de 1916.

Além disso, se é correto afirmar que, mesmo diante da unificação do direito civil e do direito empresarial em único *Codex*, este ramo do direito jurídico conservou sua autonomia, por outro lado, não é igualmente verdade que a lesão ali tratada possa ser, sem reservas, aplicada aos contratos empresariais, aqueles em que a outra parte atua como empresário também.

Isto porque as relações jurídicas firmadas entre empresários envolvem peculiaridades diversas e exigem visão empresarial que, caso não sejam compreendidas e bem interpretadas, podem violar a racionalidade do mercado, comprometendo-o de maneira séria. O privilégio a institutos e princípios conflitantes com a lógica empresarial tende a culminar em dificuldades de concretização da função econômica esperada pelo sujeitos envolvidos quando da conclusão desses

contratos. Como alhures dito, deve-se atribuir maior relevância e prioridade às regras do jogo, aos usos e costumes empresariais, à previsibilidade e racionalidade do mercado, ao fluxo de relações econômicas, à livre iniciativa, à função e objetivo lucrativo dos contratos interempresariais, à diligência e organização empresarial, etc.

Nesse contexto, a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e da empresa, além da força normativa dos usos e costumes, possuem fundamental relevância e devem estar em consonância com a lógica empresarial ou, como dito, levar em consideração os costumes do tráfico, como prevê o Código Civil Alemão, em trecho aqui mencionado.

A lógica empresarial exige, dos sujeitos envolvidos no mercado, compromisso de lealdade, um dever de informação e cooperação que se expressa no dever de facilitar o cumprimento obrigacional, reciprocamente, com a adoção de comportamentos compatíveis com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pelo negócio celebrado. Impõe às partes o dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade, de forma a não defraudar a confiança e legítima expectativa da contraparte, dentro da racionalidade inerente ao sistema.

Essa lógica se consubstancia, portanto, em deveres de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de prestação de contas; de colaboração e cooperação; de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; de omissão de segredo.

Esses deveres possuem estrita correlação com o direito empresarial e com a própria lesão contratual. A princípio, parecem não se coadunar com o ambiente de rivalidade, de disputa, de concorrência que rege as relações entre as empresas. Entretanto, numa análise mais profunda, verifica-se que, nesse ambiente, as partes tem como escopo principal o lucro e celebram contratos com a certeza de que seus interesses estão sendo satisfeitos, sendo certo que contratam porque entendem que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens.

Do dever de diligência decorre a necessidade do empresário atuar com elevado grau de habilidade e prudência, tendo como parâmetro em seu sucesso, experiência e conhecimento dos riscos, característica esta muito presente nos contratos interempresariais. Esse dever exige do administrador estar munido das informações relevantes e razoavelmente disponíveis sobre mercado, a política e produtos da empresa, dificuldades e as propostas de soluções.

Visando a obter a satisfação de sua necessidade é que a sociedade empresarial opta por aquela que entende, diante das circunstâncias presentes no momento da celebração de seus contratos, ser a melhor alternativa disponível para a maximização dos seus lucros.

Assim, diante dos requisitos de ocorrência da lesão - a premente necessidade ou a inexperiência, que culminam em outro requisito, qual seja prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta -, verifica-se certa incompatibilidade entre a maximização dos ganhos de um e o menor enriquecimento do outro. Isto porque a desproporção das prestações se caracteriza pela auferição (ou a possibilidade de auferição), por uma das partes, de lucro expressivamente maior do que a prestação que pagou ou prometeu, e é certo que as trocas comerciais, em regra, visam à lucratividade máxima de uma parte em detrimento da menor lucratividade de outra. É próprio do jogo comercial a negociação de preços, de prazos, de condições de pagamento, tudo visando a ganhos recíprocos, mas sempre privilegiando interesses próprios. Isso também ocorre nos casos em que os contratantes buscam objetivos diversos, mesmo que de interesse de ambas as partes, caso em que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte. E isso sem violar a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a função social da empresa.

Quanto ao requisito subjetivo, configurado na circunstância de uma das partes aproveitar-se das condições em que se encontre a outra, acentuadamente a sua inexperiência, a sua leviandade ou o estado de premente necessidade em que se acha, no momento de contratar, já foi dito que as partes somente devem contratar se assim quiserem e, considerando o profissionalismo e o dever de diligência de um lado, e o conhecimentos dos riscos de outro, somente devem contratar caso tenham certeza de que haverá incremento da sua situação econômica.

Ademais, no ambiente empresarial, ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra adotará o mesmo comportamento. Com isso, a adoção de comportamentos previsíveis, regulares, pautados pela confiança e racionalidade jurídicas permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo, o que também vai ao encontro da aplicação da lesão aos contratos firmados pelos sujeitos que nele operam. Ou seja, alegar a lesão muitas vezes em momento muito posterior ao da celebração da avença é violar a previsibilidade e racionalidade do sistema.



Tratamos também do risco que costuma ser ínsito à atividade de empresa, risco este de danos notáveis ou de perda do capital separado para o exercício da atividade, de modo parcial ou total. Abordou-se também a concorrência, atribuindo a ela a qualidade de combustível natural para o crescimento econômico das empresas. A eficiência, a habilidade para as negociações, a obtenção de informações disponíveis para a tomada de decisões no âmbito empresarial, a diligência e cuidado de uma pessoa razoavelmente prudente, além daqueles, também são fatores que justificam a inaplicabilidade do instituto em comento aos contratos entre empresários, pois é natural que o mercado privilegia aqueles que se esforçam para minimizar seus erros e maximizar sua atividade, sendo certo que aqueles que não o fazem ou sucumbem ao jogo concorrência, nele não sobrevivem.

Como alhures aludido, a prática de operações especulativas e arriscadas, com risco elevado ou desproporcional ao benefício esperado, bem como aquelas com faltas de garantias ou que impliquem endividamento excessivo para a sociedade devem ser atribuídas ao próprio empresário, e não às partes que com ele contratam.

Com isso, tendo em vista as considerações esposadas no presente trabalho, é inadmissível a alegação da lesão nos tratos mercantis, seja por escusa ou por ignorância, não devendo ser privilegiada a inexperiência no trato comercial. Não pode, a lesão contratual, ser empregada para aviltar o comércio jurídico. Deve-se, ao contrário, dar prioridade às vantagens competitivas e desejáveis no mercado, respeitar a álea normal do contrato e as condições, muitas vezes de risco, nas quais se encontram os empresários.

Por tudo quanto exposto, preocupa o tratamento a ser na interpretação/aplicação da lesão aos contratos interempresariais. Entretanto, como também já dito, as consequências dos erros nas avaliações subjetivas de cada empresário devem ser por ele exclusivamente suportados, não devendo a revisão de contratos ou de cláusulas contratuais, ou anulação integral do negócio jurídico, servir para corrigir maus negócios empresariais.

Conclui-se, então, que o instituto da lesão não integra os contratos celebrados entre empresários quando do exercício da empresa.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Organizadores). *Princípios do direito comercial*. Disponível em <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 05 set. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo: *Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. IV. São Paulo: Método, 2005.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORGIONI, Paula Andréa. *Interpretação dos negócios empresariais*. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina – jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil: teoria geral e contratos em espécie*. 2.ed. Método: São Paulo, 2005.

LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (Coleção Perspectivas de direito privado; v. 1).

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 37.

PELUSO, Cezar (Coord). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 3 ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *A lesão nos contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 2.ed. Salvador: Podivm, 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27.ed. São Paulo: 2008, p. 26.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: *O direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro*. Alexandre dos Santos Cunha (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 30.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.