

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

**OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS E A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE
MEDIDAS PROTETIVAS PELO ESTADO**

Juiz de Fora

2012

Sâmara Rarisa Merhey Campos

**OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS E A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE
MEDIDAS PROTETIVAS PELO ESTADO**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Alves Correa

Juiz de Fora

2012

Sâmara Rarisa Merhey Campos

**OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS E A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE
MEDIDAS PROTETIVAS PELO ESTADO**

Monografia de conclusão de curso submetida à Faculdade de Direito, UFJF, como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito e aprovado em 22/10/2012 pela seguinte banca examinadora:

Prof. Leonardo Alves Correa

Prof (a). Maíra Fajardo Linhares Pereira

Prof. Fabrício de Souza Oliveira

Juiz de Fora
2012

Dedido este trabalho à minha família, que
soube compreender os meus momentos de
ausência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sinceramente, a todos aqueles que me ajudaram ao longo deste estudo. Não importa a forma: material, intelectual, emocional ou espiritual.

Agradeço ao Prof. Leonardo pelo apoio, incentivo e pelo conhecimento compartilhado.

Ao Marcello, por continuar sempre presente.

Agradeço aos meus pais por me incentivarem e apoiarem em todos os momentos.

Às minhas irmãs, Rafa e Rayane, pela cumplicidade.

Agradeço às minhas amigas por compreenderem meu nervosismo e ausência, e à Anik e Aline pela parceria na faculdade.

RESUMO

O presente trabalho, diante do desequilíbrio visto em alguns contratos interempresariais, tem como objetivo desenvolver um estudo acerca do tratamento jurídico dispensado a estes casos. Mostra-se de extrema relevância a análise da relação de vulnerabilidade estabelecida nestes contratos, tendo em vista que, muitas vezes, o contratante vulnerável tem diminuído seu poder de negociação. É necessário perceber a importância destes agentes econômicos e sua atuação no mercado, uma vez que são verdadeiros elementos fundamentais do Direito Econômico. A eles deve ser dada atenção, a fim de se proteger a concorrência, equilíbrio na celebração dos contratos e, acima de tudo, a vontade livre das partes. Pretende, assim, analisar a necessidade/possibilidade da tutela do contratante vulnerável neste tipo contratual. Para tal, os contratos interempresariais serão divididos em contratos entre iguais e contratos entre desiguais, e posteriormente será feita uma análise da função social do contrato e da boa-fé objetiva à luz da vulnerabilidade.

Palavras-chaves: Contratos interempresariais. Vulnerabilidade. Princípio da função social do contrato. Princípio da Boa-fé objetiva.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONTRATUAL FRANTE À SOCIEDADE POLÍTICA E ECONÔMICA	11
2.1 BREVE ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO E DOS CONTRATOS	11
2.1.1 Antecedentes: o pré-capitalismo e o capitalismo comercial, e a fase medieval dos contratos	12
2.1.2 Capitalismo liberal e a fase liberal dos contratos	15
2.1.3 Capitalismo estatal e a fase publicista dos contratos	19
2.1.4 Neoliberalismo e a fase neoliberalista dos contratos	23
2.2 O ESTADO E O DIREITO FRENTE AO NEOLIBERALISMO E PÓS- MODERNIDADE	25
3 TRATAMENTO DISPENSADO AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	27
3.1 REGULAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS	27
3.2 CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS	29
4 NOVA PROPOSTA INTERPRETATIVA DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS	35
5 A VULNERABILIDADE NOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS	40

6 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA À LUZ DA VULNERABILIDADE NOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS ..	45
6.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	45
6.2 BOA-FÉ OBJETIVA	47
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

O poder econômico traduz, antes de qualquer análise, uma idéia de “natureza política”, uma vez que representa claramente uma forma de manifestação de poder. Ao mesmo tempo em que se apresenta como uma espécie de “domínio” nas relações interpessoais ou entidades das mais diversas naturezas abrange, ainda, os aspectos legais que regulamentam tais relações. Os Direitos e Obrigações inerentes a essa relação denotam-se em variada gama, desde a imposição e domínio absolutos até relacionamentos verdadeiramente democráticos e igualitários.

Desta feita, diante do desequilíbrio visto em alguns contratos interempresariais, se faz necessário um estudo acerca do tratamento jurídico dispensado a estes casos. Mostra-se de extrema relevância a análise da relação de vulnerabilidade estabelecida nestes contratos, tendo em vista que, muitas vezes, o contratante vulnerável tem diminuído seu poder de negociação. É necessário perceber a importância destes agentes econômicos e sua atuação no mercado, uma vez que são verdadeiros elementos fundamentais do Direito Econômico. A eles deve ser dada atenção, a fim de se proteger a concorrência, equilíbrio na celebração dos contratos e, acima de tudo, a vontade livre das partes.

Para tal, se faz mister, nos casos de hipossuficiência e evidente desequilíbrio entre as partes contratantes, a adoção de medidas protetivas, que visem assegurar poder de negociação das partes, reestabelecendo a isonomia. O Direito Econômico prima, antes de tudo, pelo bem estar social, ficando a coletividade acima do particular, e devendo, portanto, oferecer respaldo jurídico e limitações legais ao abuso do poder econômico. É preciso garantir a concretização dos princípios constitucionais que norteiam o Direito Privado.

O Direito Econômico vem ganhando abundante legislação no sentido de estimular o uso do poder econômico no âmbito da política econômica e limitar seu abuso. Assim, há muitas situações que merecem atenção e estudo jurídico, com intuito maior de maximizar os ganhos de ambas as partes nas celebrações contratuais, evitando aumento desleal da concentração.

Ressalte-se que o interesse aqui presente não é o de adotar medidas protetivas a qualquer custo, que coloque o empresário vulnerável sempre em posição de vantagem, mas sim de colocá-lo, na medida do possível, em condição de negociar de forma justa e equilibrada com grandes empresários, evitando assim que estes últimos coloquem-se sempre em posição dominante, de extrema vantagem, e os primeiros, sempre em posição dominada, acuada.

Diante da necessidade de se limitar a atividade econômica a fim de se preservar o próprio princípio da concorrência e da autonomia da vontade, muito se tem discutido acerca do desequilíbrio em alguns contratos interempresariais e o papel da empresa, que, antes de tudo, deve ser tratada como uma instituição de natureza jurídico-econômica. O Direito Econômico preocupa-se com sua atuação, traçando-lhe normas de conduta e impondo-lhe incentivos, obstáculos e limitações.

Varias são as posições defendidas, desde uma interferência mínima praticada pelo Estado na esfera particular, concedendo-lhe o máximo de autonomia para desempenhar a atividade econômica, até uma maior intervenção, a fim de garantir os preceitos constitucionais. Dividir os contratos interempresariais em contratos entre iguais e contratos entre desiguais facilitará a visualização da necessidade da adoção dessas medidas protetivas.

Desde cedo, na sociedade Liberal, já havia desigualdade no poder econômico entre as partes. A própria lei da concentração, que é natural do mercado, explica o

fortalecimento dos mais fortes. Assim, se a ideologia liberal permitisse a permanência desmedida desta situação, a concorrência acabaria por autodestruir-se. O Direito então foi chamado a criar obstáculos a tal resultado, em nome da preservação da própria concorrência, legislando no sentido de limitar a plena liberdade, evitando o “domínio” e excessivo desequilíbrio de forças.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONTRATUAL FRENTE À SOCIEDADE POLÍTICA E ECONÔMICA

2.1 BREVE ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO E DOS CONTRATOS

Ao longo dos tempos, o tratamento dispensado pelo direito na regulação dos contratos sofreu muitas transformações, variando em função do momento político e econômico vivido, e a evolução do direito contratual pode ser vista a partir de um retrospecto histórico. Analisar as mudanças sofridas no direito contratual ao longo dos anos ajudará a identificar que, hodiernamente, há necessidade de alteração no tratamento que o contrato interempresarial recebe do direito.

Na expressão de Orlando Gomes¹:

A dogmática jurídica e o conteúdo da justiça se condicionam à concepção do mundo dominante em determinado momento da história e que por detrás de conceitos, princípios e normas aparentemente neutras se escondem e se disfarçam interesses e objetivos que não podem ser ignorados nem menosprezados pelo jurista se não quer ser apenas um prático do Direito.

Carlos Fernandes Sessarego² ressalta ainda a importância do olhar sobre a história ao dizer que “para uma mejor y más fina percepción de la evolución del derecho, es aconsejable asomarse a la historia de la humanidad”.

No presente trabalho, a evolução do mundo ocidental será dividida em quatro períodos, quais sejam antecedentes, o pré-capitalismo e o capitalismo comercial; capitalismo

¹ GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 27.

² El derecho em um período de transición entre épocas. *Revista de Direito Civil* 78/182, out.-dez. 1996.

liberal; capitalismo estatal e neoliberalismo. Paralelamente, o direito contratual será dividido nas fases medieval, liberal, publicista e neoliberalista. Tal divisão é adotada pela autora Paula Castello Miguel³, e facilitará a compressão de toda a evolução contratual ante aos desdobramentos político-econômicos em cada momento historio.

2.1.1 Antecedentes: o pré-capitalismo e o capitalismo comercial, e a fase medieval dos contratos

A sociedade romana tinha como base econômica a propriedade e uma divisão em classes sociais rígidas (patrícios, plebeus, clientes e escravos). Os patrícios eram os donos das terras e detentores do poder político. Os plebeus possuíam pequenas propriedades, e trabalhavam como agricultores, artesãos ou comerciantes. Os clientes, por sua vez, não possuíam qualquer propriedade, caracterizados como meros prestadores de serviços. Já os escravos eram a base trabalhadora da sociedade.

Um grande marco na história do Império Romano foi a luta constante dos plebeus na busca pela garantia de maior participação política e econômica. A busca pela preservação dos direitos também marcou a época. Uma das conquistas dessa classe social, e talvez a única, foi o surgimento das leis, que garantiam a clareza das normas a serem obedecidas. O substrato das normas eram favoráveis aos patrícios, entretanto, sua existência visava diminuir as arbitrariedades praticadas. Nunca houve na Roma Antiga um regime democrático, e o que se observou neste período foi um constante domínio aristocrático sobre a plebe.

³ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

O direito romano, até então pouco evoluído e muito primitivo, foi marcado pelo formalismo e pelo materialismo⁴, e todas as normas surgiram a partir de costumes da época. O direito, portanto, era consequência dos anseios das castas dominantes, e o formalismo exacerbado é uma clara demonstração de proteção à propriedade e à desigualdade político-social vigente. Um dos exemplos dessa política de controle social foi a criação da política do “pão e circo”. Para que essa situação de exclusão e desigualdade não acabasse determinando a realização de revoltas, a administração imperial decidiu estabelecer a chamada “política do pão e circo”. Nessa medida, o governo de Roma realizava grandes espetáculos, nos quais a população plebéia gastava parte de seu tempo assistindo a disputas esportivas e a lutas entre os gladiadores. Durante a mesma ocasião, alimentos e trigo eram fartamente distribuídos para a população menos favorecida.

Com a decadência do Império Romano, houve uma evolução no sentido de abandono do formalismo e despego à forma. Entretanto, com início da Idade Média, o direito romano não deixou de existir. Toda a Europa sofreu influência romana, e os países latinos permaneceram se organizando a partir de regras romanas, até que o feudalismo invadiu a Europa e, nas palavras de Argemiro Cardoso Moreira⁵

a Europa Ocidental transforma-se numa multiplicidade de pequenos senhorios economicamente auto-suficientes, comandados por nobres belicosos que mantinham exércitos próprios. O poder real, apesar de ocupar um lugar no topo da hierarquia medieval, era incapaz de impor sua vontade aos nobres, o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial e principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais.

O cristianismo prosperou no fim do Império Romano, e difundiu-se por toda a Europa a partir do século V. O feudalismo descentralizou a justiça, ficando a cargo dos

⁴ O apego ao formalismo e materialismo exacerbados foi a forma encontrada pelas classes dominante para manter seu poder, garantindo a propriedade e a própria desigualdade político-social vigente à época.

⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.196.

senhores feudais o julgamento dos litígios da época. Pressionados pelo aumento do poder da igreja, os tribunais passaram a se orientar a partir do direito canônico, regras jurídico-sagradas, que determinavam como os litígios deveriam ser dirimidos. Ao homem não era permitido fazer qualquer tipo de questionamento. Assim, a igreja passou a monopolizar o direito durante o feudalismo.

O comércio surge em paralelo ao fim do regime feudal, e a atividade comercial, inicialmente percebida em mercados localizados nos próprios feudos, começa a expandir para além de seus muros, ganhando enorme importância. Dessa forma nasce a burguesia, que deu início aos grandes centros urbanos e reduziu o poder dos senhores feudais. Inicia-se então uma fase denominada pré-capitalismo, que perduraria até a Idade Moderna, com início das grandes navegações do século XV.

A burguesia era portadora de novas propostas de organização social e econômica, mas não contava com poder político para impor seu próprio projeto ao conjunto da sociedade. A fragmentação feudal do poder revelara-se um obstáculo à livre expansão de suas atividades econômicas. (PAZZINATO; SENISE, 2002. p. 14)⁶

O feudalismo significava um enorme entrave ao comércio em razão do excesso de cobrança de pedágios pela nobreza, precariedade do transporte e por faltar um sistema monetário unificado que viabilizasse o desenvolvimento mercantil.

Com apoio e o financiamento da burguesia, o rei organizou exércitos poderosos e permanentes, que enfrentaram os senhores feudais, garantiram a expansão das atividades comerciais, favorecendo a burguesia, e subjugararam as tentativas de rebeliões camponesas. Tinha início uma nova época na história da Europa Ocidental: a formação das monarquias nacionais sob o poder centralizado dos reis. (PAZZINATO; SENISE, 2002. p. 14)⁷

Com o advento da Idade Moderna, os Estados nacionais passaram a se organizar sob a forma de monarquias absolutistas, adotando diferentes práticas mercantilistas que

⁶ PAZZINATO, Alceu; SENISE, Maria Helena. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 2002. p. 14.

⁷ PAZZINATO, Alceu; SENISE, Maria Helena. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 2002. p. 14.

visavam concentrar o capital nas mãos dos Estados. Os direitos políticos e a liberdade econômica eram fortemente reprimidos.

O capitalismo comercial foi impulsionado pelo Estado Absolutista a partir da aplicação das medidas mercantilistas, gerando acúmulo de capital nas mãos da burguesia, o que possibilitou futuros investimentos na Revolução Industrial.

Durante o Império Romano não se tem um único conceito de contrato, isso devido à longa duração desta fase e às constantes mudanças sofridas pelas regras que a regeram. José Cretella Junior⁸ explica que “do formalismo para o não-formalismo, do apego excessivo à forma para um abrandamento ininterrupto, em benefício do conteúdo, da intenção das partes – eis o sentido exato da evolução da figura contratual no direito romano”.

O acordo de vontades, elemento subjetivo que é, não era o responsável por gerar a obrigação, mas sim a observância das regras formais, elemento objetivo verdadeiramente gerador. A obediência às formalidades era fundamental, mesmo que não refletisse a vontade das partes. A manutenção da propriedade e a acumulação de terras sempre foram o objetivo do povo romano nesta época, e a regulamentação dada ao direito contratual sofria influência destes valores. O contrato, em suma, servia à transferência de propriedade e objetivava a proteção dos grandes senhores de terra. O direito canônico também começou a liberar o direito dos formalismos exagerados do direito romano.

2.1.2 Capitalismo liberal e a fase liberal dos contratos

⁸ JUNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano e o direito civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 245.

O Iluminismo, que surgiu no século XVII na Europa, pregava a rejeição ao misticismo e a crença na razão, criticando brutalmente o Estado Absolutista. Era um resultado da insatisfação generalizada entre os setores mais cultos da sociedade em face da opressão exercida pelas monarquias absolutistas.

Em parte também, cristalizou-se como resposta a problemas concretos enfrentados pela burguesia, como, por exemplo, a intervenção do Estado na economia, que impunha limites à expansão dos negócios empreendidos por setores desse grupo social. Os iluministas propunham a reorganização da sociedade, como política centralizada no ser humano, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade. (PAZZINATO; SENISE, 2002, p. 106.)⁹

Por trás do movimento iluminista estava a burguesia, que lhe oferecia força para reorganizar o Estado. O Iluminismo foi o embrião do Estado liberal, e se antes a burguesia apoiava as monarquias absolutistas, a partir deste momento começa a enxergá-la com um entrave a seu crescimento e desenvolvimento. Aos olhos dos burgueses, o regime precisava mudar.

Através de Adam Smith surgiram as bases do liberalismo econômico, um sistema econômico que se pautava pela plena liberdade de concorrência, onde o mercado se autoregulava através da lei da oferta e procura. O interesse particular deveria ser o único impulsionador da atividade econômica, e o Estado não poderia intervir na economia em hipótese alguma.

Com a Revolução Francesa, a burguesia pôde ocupar o poder político e organizar o Estado de modo a favorecer seus interesses. Superando os entraves do mercantilismo e do regime absolutista, seus representantes canalizaram a insatisfação das camadas sociais populares, usando-as em proveito próprio para concretizar suas propostas de caráter liberal. (PAZZINATO; SENISE, 2002, p. 129.)¹⁰

Simultaneamente, a Assembléia Nacional Constituinte aprovava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo a qual todos os homens são iguais perante a lei,

⁹ PAZZINATO, Alceu; SENISE, Maria Helena, V. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Ática, 2002, p. 106.

¹⁰ PAZZINATO, Alceu; SENISE, Maria Helena V. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Ática, 2002, p. 129.

além de garantir o direito à liberdade individual, à propriedade privada e à luta contra a opressão.

A primeira Constituição francesa, promulgada em 1791, derrubou o Absolutismo e o antigo regime. As revoluções burguesas do século XVII – revolução americana e francesa – construíram um novo regime, pautado na liberdade de comércio, livre concorrência e propriedade privada.

Mesmo restando protegida a igualdade jurídica para todos os grupos sociais, ainda assim, apenas os mais abastados tiveram acesso à decisão política, além de prevalecer a injusta distribuição de renda.

O Estado de Direito Liberal prezava pela não interferência do Estado na economia, e um de seus princípios jurídicos era a proteção da propriedade privada, que era vista como uma espécie de recompensa do esforço individual.

Assim, pode-se concluir que o liberalismo surgiu no direito positivo a partir da não intervenção estatal no conflito de interesses econômicos, e ao Estado caberia apenas evitar a utilização de meios lesivos à convivência civil. Foram elencados os direitos individuais, os direitos da liberdade, os direitos civis e os políticos como os de maior relevância, denominados direitos de primeira geração. Estes direitos têm como titular o indivíduo, e são oponíveis face ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa.

Para a doutrina liberal, a liberdade de mercado surge espontaneamente, independente de qualquer força para sua implementação. É natural e concerne ao próprio mercado.

Tendo em vista a atual conceituação de contrato, pode-se dizer que a liberal é a primeira fase do que conhecemos como concepção clássica dos contratos. Influenciada pela realidade liberal que invadia a política e economia, por volta do século XVII, tal fase é

caracterizada pelo individualismo e voluntarismo, onde o indivíduo é a causa final de toda a atividade do Estado. Passa-se a reconhecer a vontade do indivíduo, e a valorizá-la como fonte geradora do direito, dando origem ao conceito moderno de contrato.

A moderna concepção de contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista. (GOMES, 1999, p. 6.)¹¹

Assim, era absoluta a liberdade do indivíduo para contratar ou deixar de contratar, escolher o outro contratante, celebrar contratos atípicos, determinar as cláusulas do contrato, negociar seu conteúdo e modificar o regime legal do contrato. O equilíbrio contratual seria atingido a partir da liberdade das partes, cujo pressuposto seria a igualdade formal, ou seja, igualdade de todos perante a lei. O Estado não realizava qualquer interferência nos contratos, seja na sua celebração ou execução, que ficava sob inteiro controle do indivíduo, ser racional e capaz de optar pelo que lhe era mais favorável. Ao Estado cabia apenas garantir a prevalência da vontade dos contratantes.

Segundo Claudia Lima Marques¹²

a função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger a vontade criadora e assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contraentes. A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias, assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.

O caráter liberal dos contratos foi uma saída encontrada pela burguesia para realizar seus objetivos, sendo o contrato um acordo entre os contraentes e a chance da burguesia ascendente adquirir os bens utilizados de forma improdutiva pelas classes antigas.

¹¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 6.

¹² Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. Revista de Direito do Consumidor 1/29, 1992.

Essa liberdade contratual foi resultado da procura de um equilíbrio entre os anseios da burguesia e dos grandes proprietários de bens.

2.1.3 Capitalismo estatal e a fase publicista dos contratos

Caracteriza-se, antes de tudo, como a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Com o início da Primeira Guerra Mundial fez-se necessário que o Estado passasse a intervir na Economia, com fundamento na carência de mão-de-obra, elevação dos salários, a valorização dos estoques, a alta generalizada de preços e a necessidade de recursos para o Estado. Todos esses fatores tornaram necessária a intervenção na produção, na distribuição e no consumo, fixando salários, tabelando preços e controlando créditos. Entretanto, a intervenção estatal na economia não ficou restrita ao período de guerra.

Três são as causas apontadas como fundamentais ao surgimento do Estado Social, quais sejam os movimentos proletários da época, a crise de 1929 e a ameaça comunista.

O proletariado, classe mais marginalizada, sacrificada e distante do poder, uniu-se na luta por garantia dos direitos sociais. Os trabalhadores lutavam por melhores condições de trabalho, e o Estado precisou interferir na imparcialidade das relações trabalhistas, rompendo a liberdade contratual. Outro agravante da necessidade de intervenção econômica foi a Crise de 1929. Em meados da década de 20, com a recuperação econômica da Europa, os Estados Unidos tiveram dificuldades de participação na economia externa, o que resultou em uma enorme crise econômica, que culminou com o *crack* da bolsa de Nova York. A ameaça de invasão comunista, por fim, concretizou a necessidade de surgimento do Estado Social.

A consequência dessa realidade histórica foi a transformação do papel do Estado, dando início a um novo modelo político-ideológico nas economias capitalistas modernas. Sai o Estado Liberal e entra o Estado de Bem-Estar Social, o *Welfare State*.

O aparecimento de uma postura intervencionista, segundo a corrente defensora do liberalismo, nada mais é do que o resultado das pressões realizadas por parte daqueles que se opunham aos princípios liberais. Segundo esta corrente, as restrições à liberdade foram a causa do não-surgimento de um sistema automático de criação do bem-estar material, que decorreria do progresso e das riquezas individuais, livremente obtidos por alguns.

Cabe ao direito não só organizar a vida em sociedade e resolver conflitos, mas também distribuir renda, amparar aqueles que se encontram em situação de desvantagem nas negociações e promover a economia. Por isso, se fez necessário o surgimento de um Estado preocupado com a transformação da sociedade, capaz de oferecer aos indivíduos uma larga gama de bens e serviços, de prestações e medidas positivas, orientadas com o fim de realizar uma justiça distributiva.

Paulo Luiz Netto Lôbo¹³ sintetiza o conceito de Estado Social:

O Estado Social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado Liberal (limitação e controle do (sic) poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado Social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

Os direitos de segunda geração, entendidos como direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou da coletividade, nascem a partir do Estado Social. Mudam-se os paradigmas a fim de que se protejam esses direitos. A lei abandona sua rigidez, inflexível e alheia à diversidade da vida, passando a compor-se de conceitos jurídicos indeterminados, ficando a cargo do julgador a concretização da norma.

¹³ Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor 42/187, abr.-jun. 2002.

Alberto Muniz da Rocha Barros¹⁴ enumera quatro características inerentes ao direito na época. São elas: “1. não há marcada separação entre direito público e direito privado; 2. a atividade econômica não é mais discricionária. A liberdade de exercer atividade econômica é restringida por normas legais; 3. o interesse coletivo predomina sobre a vontade individual; 4. o Estado gera a economia financiando-a e dela participando como agente produtor”.

Esta nova visão pode ser percebida nas Constituições que foram surgindo a partir desta época, como a Constituição francesa de 1946, a alemã de 1949 e a italiana de 1947 prevalecendo os direitos coletivos sobre os individuais. No Brasil essa mudança de postura pôde ser observada já na Constituição de 1946.

A Revolução Francesa acabou por delinear os direitos de terceira geração, direitos estes fruto do pós segunda guerra. Tais direitos correspondem ao terceiro elemento preconizado pelo movimento, qual seja a fraternidade, representando a evolução dos direitos fundamentais para alcançar e proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização. Nesta situação, outros direitos precisavam ser garantidos, além daqueles normalmente protegidos, uma vez que essas novas relações devem ser consideradas coletivamente.

É necessário atentar para o fato de que

tais interesses caracterizam-se por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. (BARROSO, 1996. p. 100)¹⁵

Além disso, enumera ainda que

¹⁴ BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O poder econômico do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1953.

¹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 100.

integram essa natureza de interesse a preservação do meio ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia contra manipulações de mercado (proteção ao consumidor) e a salvaguarda de valores culturais e espirituais (proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético). (BARROSO, 1996. p. 100)¹⁶

Inicialmente, o Estado precisou intervir nas relações contratuais a fim de regular a economia, e reduzir as mazelas causadas pelo liberalismo econômico. A suposta igualdade entre os contratantes, cujo fim seria a justiça contratual, acabou perdendo espaço. Ficou claro que a parte economicamente mais forte impunha sua vontade sobre a parte mais fraca, que se submetia às situações muitas vezes desvantajosas. Para garantir a justiça social se fazia necessário proteger a parte hipossuficiente através da intervenção estatal, e assim, a vontade humana passa a sujeitar-se à vontade pública.

Alberto Moniz da Rocha Barros¹⁷ faz referência às primeiras intervenções nos contratos quando alega que

as chamadas cláusulas legais do contrato de trabalho, que, sob a categoria de locação de serviços, se regulava no direito civil, terão sido as primeiras manifestações dessa intervenção do Estado na intimidade das relações contratuais. O contrato de trabalho, todavia, se destacou do direito civil e constituiu-se objeto de um corpo de leis específicas. Mas a locação de coisas continuou no direito das obrigações. E nela, já pelas leis de inquilinato, já pelas leis de luvas, a liberdade contratual perdeu a sua imutabilidade. No contrato de seguro, não só se multiplicaram as cláusulas legais, como se tornaram freqüentes os casos em que a lei impõe que se realize o contrato. Abundam, também, os contratos de adesão, sobretudo a favor de empresas monopolistas, entre elas estatais.

Em síntese, pode-se apontar três causas principais que levaram à mudança no direito contratual, quais sejam a intromissão do Estado na vida econômica, a constatação de ausência de igualdade real entre as partes da relação contratual e a mudança na forma de contratação.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 100.

¹⁷ BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O poder econômico do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1953.

2.1.4 Neoliberalismo e a fase neoliberalista dos contratos

O Estado Social começa a ruir em 1973. A crise do petróleo desencadeou uma enorme crise financeira, caracterizada por um longo período de recessão econômica, e impossibilitando a manutenção da onerosa estrutura do Estado de Bem-Estar Social. Além das insatisfações econômicas da iniciativa privada, existe uma inevitável realidade que destrói as estruturas do estado social, qual seja o desequilíbrio entre a demanda por atuação estatal e a sua capacidade de resposta. Ao mesmo tempo em que o *welfare state* vai perdendo sua capacidade de atender a todas as demandas sociais, entra em crise a governabilidade.

A solução encontrada para recuperar a economia consistia na adoção de algumas medidas, dentre as quais se destacam: (a) restabelecimento da liberdade de mercado; (b) manutenção da estabilidade monetária através de uma disciplina orçamentária, reduzindo os gastos com o bem-estar da população; (c) restauração da taxa natural de desemprego a fim de quebrar a força dos sindicatos e seu poder de barganha; e (d) redução da tributação para incentivar novos investimentos.

Em síntese, houve uma redução do Estado, que assumiu apenas a responsabilidade de manter os preços em equilíbrio a partir da estabilização financeira e monetária, através da adoção de medidas econômicas antiinflacionárias e cambiais. Ao Estado coube garantir a liberdade econômica, combatendo apenas os excessos causados pela livre concorrência e o controle do mercado pelos grandes grupos econômicos. Para garantir que a lei do mercado prevaleça, é necessária menor intervenção estatal nas relações privadas.

Segundo Fábio Ulhoa¹⁸,

com o desenvolvimento da globalização da economia, os empresários procuraram localizar seus estabelecimentos industriais em países de direito-custo mais atraente. Em vista disso, os interessados em atrair investimentos, como é o caso do Brasil, terão maior ou menor sucesso na medida em que os respectivos direitos passem a representar vantagens competitivas. Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos. A globalização, assim, revigora a autonomia da vontade.

Dessa forma, a adoção de uma nova política diante do direito contratual precisa ser vista com uma necessidade, a fim de se adequar a nova ordem mundial. No entanto, não se deve entender que essa tendência de retorno aos princípios clássicos remeta a um retrocesso, a um retorno ao liberalismo contratual. O que se pretende, diante dessa nova realidade, é oferecer liberdade àqueles que dela dependem e conseguem administrá-la, porém, sem deixar de lado aqueles que necessitam de proteção e representam a parte contratante mais fraca. Resumindo, se faz necessário proteger o economicamente fraco e conceder liberdade àquele que detém condições de negociar o contrato.

Fábio Ulhoa¹⁹ conclui que

o modelo reliberalizante²⁰ de evolução do direito dos contratos responde às novas questões propostas pela economia global recuperando o primado pelo voluntarismo. Mas não o faz por um simples retorno ao modelo liberal, desconhecendo o contratante sem liberdade. Ao contrário, revelando-se a síntese dos dois modelos que o antecederam, o reliberalizante prestigia a tutela do economicamente mais fraco, ao mesmo tempo em que reafirma a importância da autonomia da vontade entre os contratantes *iguais*. Na verdade, a tecnologia dos contratos constata que, na relação entre *desiguais*, nenhum dos contratantes é livre, porque não tem condições para negociar amplamente o contrato. O débil, em razão das suas necessidades e insuficiências de informações; o forte, pelo acréscimo de custos que a negociação acarretaria. Somente o vínculo entre contratantes dos mesmos recursos para arcar com os custos da transação pode ser visto como o produto de livre manifestação de vontade.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 14.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 7.

²⁰ Alguns autores optam por chamar a fase neoliberalista de reliberalizante, apenas por questões didáticas. Trata-se de um neologismo para denominar a nova fase.

2.2 O ESTADO E O DIREITO FRENTE AO NEOLIBERALISMO E A PÓS-MODERNIDADE

O neoliberalismo e a pós-modernidade provocaram mudanças sociais, políticas e econômicas, e embora haja uma redução do Estado como agente econômico, esta nova fase não pretende cometer os mesmos erros percebidos durante o Estado Liberal, quando a liberdade desmedida tornou-se o maior inimigo da economia. Sai o Estado empreendedor e entra o Estado regulador.

Segundo Calixto Salomão Filho²¹, entende-se por regulação toda forma de organização da atividade econômica por intermédio do Estado, seja por meio de concessão de serviço público, seja mediante o exercício de seu poder de polícia. A regulação caracteriza-se pela redução da intervenção direta do Estado na economia.

A peculiaridade da regulação consiste em conciliar a eficiência econômica, a sede por lucros da iniciativa privada, com a satisfação dos anseios da coletividade. Ademais, é preciso manter a qualidade dos produtos e dos serviços prestados, os preços e a segurança. A regulação precisa agir sobre as falhas do mercado e os danos sociais e ambientais. Atualmente, o que se vê é uma tendência de mudança na postura do Estado face ao particular. A imposição do regime de direito público sobre o particular perde espaço para a consensualidade, o acordo de vontades e o cumprimento dos compromissos assumidos. Trata-

²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15.

se, assim, não de uma minimização do Estado neoliberal, mas sim uma forma de concretizá-lo, oferecendo-lhe a base necessária para desenvolver-se de maneira saudável.

3 TRATAMENTO DISPENSADO AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 REGULAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS

No nosso ordenamento jurídico, os contratos foram divididos em cinco regimes diferentes, quais sejam o direito do trabalho, o direito administrativo, o direito do consumidor, o direito civil e, por fim, o direito empresarial. Assim, por apresentar características bem peculiares, se fez necessário criar regras específicas que auxiliassem na regulação de cada espécie contratual.

Quando nos referimos aos contratos de trabalho, precisamos ter em mente a relação de subordinação que se estabelece entre os contratantes decorrente da prestação da atividade laboral. O objeto do contrato, neste caso, não é um bem ou mercadoria, mas sim a própria essência humana. Por se tratar de uma relação desigual, é indispensável a proteção aos direitos dos trabalhadores, justificando assim a interferência do Estado neste tipo contratual.

Nos contratos administrativos o poder público é colocado em posição privilegiada face ao particular, por tratar de direitos e interesses da coletividade. Neste caso, o interesse público deve prevalecer sobre o particular. Para Celso Antonio Bandeira de Mello²²:

Contrato administrativo é um tipo de avença travada entre administração e terceiro na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições pré-estabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contrato privado.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 551.

Questiona-se esta espécie contratual sob o ponto de vista do vínculo contratual, em função de suas características extremamente peculiares, quais sejam a presença das cláusulas exorbitantes, as rescisões e alterações unilaterais, a aplicação das penalidades contratuais, exceção de contrato não cumprido, dentre outros.

Os contratos de consumo, por sua vez, são todas aquelas relações contratuais nas quais se estabelece uma ligação entre um consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final, e um profissional, fornecedor de bens ou serviços. A partir do século XX, com a massificação da sociedade e crescimento do consumo, o consumidor perdeu seu poder de barganha frente às grandes empresas fornecedoras, passando a ocupar posição de maior vulnerabilidade. Desta forma, fez-se necessário que o Estado intervisse nessa relação, restabelecendo o equilíbrio entre as partes.

Por fim, contratos empresariais são aqueles em que duas partes contratantes exercem atividade empresarial. O tratamento que estes contratos recebem da legislação e jurisprudência acompanha a evolução que o direito civil brasileiro ofereceu às obrigações e aos contratos.

O Código Civil de 1916 e Código Comercial 1850 proporcionaram tratamento duplice às obrigações, uma vez que era possível encontrar regulamentação em ambos os diplomas. Classificavam-se os contratos em civis e comerciais. A partir de 2003, sob a égide do Código Civil de 2002, houve a unificação do direito das obrigações, revogando-se o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850, quase em sua totalidade.

Muito se questionou sobre a autonomia do direito empresarial após a promulgação do Código Civil de 2002, no entanto, a doutrina é pacífica ao garantir autonomia substancial ou científica deste ramo do direito. Ademais, o direito empresarial apresenta institutos

peculiares da vida empresarial, não cabendo tratamento adequando a partir do direito comum.

De acordo com Oscar Barreto Filho²³:

Existirá, contudo, autonomia substancial de um ramo jurídico quando se pode estabelecer, de maneira científica, a diferença de conteúdo entre a matéria que lhe é própria e a de outras ciências jurídicas, pouco importando se se acham ou não englobada dentro do mesmo corpo de leis.

É impossível tratar de forma paritária aqueles contratos firmados entre indivíduos comuns, cuja finalidade está em regular alguma relação obrigacional, com aqueles firmados entre empresários no âmbito da atividade econômica.

3.2 CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

A partir do Código Civil de 2002, unificou-se o tratamento oferecido aos contratos, até então divididos em contratos civis e contratos comerciais. As relações contratuais foram balizadas segundo os princípios da boa fé e função social. Tendo em vista a atual realidade, podemos dizer que as medidas protetivas em relação aos contratantes são mínimas, a exemplo dos contratos de adesão, onde já se reconhece a vulnerabilidade do aderente.

Alguns contratos interempresariais são regidos por leis especiais, e parte deles oferece proteção à parte hipossuficientes. Este é o caso da Lei 4.886/1965, alterada pela Lei 8.420/1992, que cuida da representação comercial autônoma, impondo normas imperativas que protegem o representante face ao poder econômico do representado. Outro exemplo de

²³ O projeto de Código Civil e as normas sobre a atividade negocial. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 9/99, São Paulo: RT, 1973.

proteção ao contratante mais fraco pode ser visto na Lei 6.729/1979, alterada pela Lei 8.132/1990, na qual se visa garantir ao concessionário meios para recuperação do investimento. Quanto à locação empresarial temos a Lei 8.245/1991, que trata das locações prediais urbanas, na qual se ofereceu proteção ao locatário em um momento que se verificava sua vulnerabilidade, qual seja no momento da renovação do contrato. Por fim, a Lei 9.955/1995 impõe o dever de transparência na relação entre franqueador e franqueado. Em todos esses casos, tratou a legislação especial de proteger e dar garantias ao polo mais fraco da relação contratual, visando à manutenção do equilíbrio entre as partes.

Todavia podemos encontrar situação oposta na legislação, a saber, a alienação fiduciária em garantia. Nesse caso, o polo mais forte da relação contratual se torna mais forte diante do polo contratual mais fraco, reforçando o desequilíbrio entre as partes.

A sociedade de consumo é caracterizada pela submissão do consumidor ao fornecedor. A consequência disso é uma relação desigual em que a parte mais forte impõe suas vontades na hora da contratação.

Para Arnoldo Wald²⁴:

O direito do consumidor se caracteriza, pois, como um direito especial destinado a corrigir os chamados efeitos perversos da sociedade de consumo, restabelecendo uma igualdade jurídica que deve compensar as desigualdade econômicas e mantendo, assim, o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes, que devem existir nos contratos comutativos com base no princípio da boa fé e da lealdade entre os contratantes.

Para se caracterizar um contrato como um contrato de consumo é necessário haver em um polo da relação um consumidor e no outro um fornecedor. Com fulcro no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A fim de garantir maior abrangência ao

²⁴ WALD, Arnoldo. **O direito do consumidor e suas repercussões em relação as instituições financeiras**. RT 666/8, São Paulo: RT, ABR. 1991.

conceito de consumidor e oferecer maior proteção à sociedade de consumo, dispõe o parágrafo único do referido artigo que será equiparado o consumidor à coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, que agem intervindo nas relações de consumo. Por possuírem dimensão maior de conflitos, é necessária uma forma de proteção mais eficiente, abandonando o sistema tradicional do direito material e processual de proteção individualizada dos direitos. Os arts. 17 e 29 do mesmo Código cuidaram de ampliar ainda mais o conceito de consumidor.

Segundo Claudia Lima Marques²⁵:

Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas ou contratos abusivos. Estas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, poderão utilizar-se das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado e suas normas de ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.

No caso dos contratos empresariais, jamais poderá haver em um dos polos da relação contratual a figura do consumidor, já que neste caso caberia aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor por força do art. 29.

Caberá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos interempresariais, sempre que o empresário estiver enquadrado no conceito de consumidor do art. 2º, em decorrência do já referido art. 29. Para concluir se o empresário poderá ou não integrar este conceito, se faz necessário abarcar a definição de destinatário final. Duas são as correntes que abordam tal definição, quais sejam os finalistas e maximalistas. Para os primeiros, o destinatário final é o destinatário fático (aquele que não adquire o produto para revenda) e econômico do bem (aquele que não adquire o bem para uso profissional). Trata-se, portanto, de uma interpretação restritiva do conceito de destinatário final. Por outro lado os

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p.157.

maximalistas defendem uma interpretação mais flexível, considerando como consumidor aquele que não adquire o bem para a revenda, permitindo o seu uso profissional.

O conceito de fornecedor pode ser depreendido a partir do art. 3º do Código de defesa do consumidor, sendo caracterizado como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Fica fora do conceito aquele que vende determinado bem apenas esporadicamente. A profissionalidade é indispensável para a caracterização.

As críticas feitas ao tratamento oferecido aos contratos entre empresas atualmente giram em torno da não adaptação das normas à realidade pós-moderna, assim como a falta de princípios norteadores da matéria e o não reconhecimento das peculiaridades inerentes a esta espécie contratual.

O maior dos problemas oferecidos pelas codificações é sua imutabilidade, que não consegue acompanhar a evolução da sociedade moderna. A falta dela, por outro lado, geraria grande insegurança jurídica e desconfiança. O direito, reflexo da evolução humana, precisa ser vivo, dinâmico e capaz de se adequar a uma sociedade cada vez mais ambiciosa por inovações científicas, sociais e econômicas. Durante o Estado Liberal viveu-se o paradigma da Lei, onde a própria lei era o direito, porém incapaz de atender às necessidades inerentes ao Estado Social e promover a igualdade entre os cidadãos. Surgiu, assim, o paradigma do Estado-juíz, e a lei foi recheada de conceitos vagos e indeterminados, cabendo ao juiz a promoção da justiça social. O direito fica nas mãos do Poder Judiciário.

Os dias atuais exigem nova mudança de paradigma, onde se faz necessário encontrar um meio termo entre o paradigma da Lei e o paradigma do Estado-juíz, uma vez que o modelo atual demonstra-se incapaz de oferecer respostas socialmente válidas às

demandas que lhe são colocadas. O novo paradigma, adequado à pós-modernidade, é o do caso concreto. Antonio Junqueira de Azevedo²⁶ nos ensina que “o paradigma antes era da lei, passou a ser do juiz e, agora, é o da solução rápida para o caso concreto”.

Gustavo Tepedino²⁷ explica melhor que

o legislador fixa as diretrizes da política nacional do consumo; estabelece as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos; define programas e políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente. O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais.

Assim, destaca-se que é necessário oferecer balizas ao intérprete no preenchimento das cláusulas gerais. Gustavo Tepedino²⁸ ressalta ainda que

o legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (*standarts*) delineados à luz dos princípios que vinculam o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daqui a necessidade de descrever nos textos normativos (e principalmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto.

No ordenamento brasileiro já encontramos exemplos de legislação que associam conceitos indeterminados a normas descritivas de valores, a saber, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Cidade. A Lei de Franquias, embora não utilize esta técnica, mostra-se mais atual e adaptada à sociedade pós-moderna.

²⁶ Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista Trimestral de Direito Civil 1/10, Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2000.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

A melhor técnica apresentada até então para atender às novas demandas pode ser vista no Código de Defesa do Consumidor. Necessário se faz, apenas, uma transformação quanto ao destinatário da norma, que poderia aplicá-la voluntariamente e solucionar seus conflitos longe do Judiciário. O primeiro passo já foi dado, e a adaptação das empresas já é uma realidade.

4 NOVA PROPOSTA INTERPRETATIVA PARA OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Até aqui, constatou-se que o atual tratamento jurídico oferecido aos contratos interempresariais não se apresenta em consonância com a atualidade, cuja maior causa se deve à não observância das peculiaridades deste tipo contratual.

Necessário se faz, a partir de então, um novo parâmetro interpretativo.

Nesse sentido, defende Paula Castello Miguel²⁹ que

diante desta realidade, cabe à doutrina elaborar novo parâmetro interpretativo para essa matéria. Esse novo parâmetro tem como função, num primeiro momento, oferecer lógica à desconexa e desatualizada, ainda que com pouca idade, legislação em vigor. Ele tem como objetivo buscar a harmonização das regras legais, oferecendo diretrizes ao operador do direito.

A desconexão referida pela autora diz respeito à ausência de parâmetros uniformes na regulamentação dos contratos empresariais, ao passo que a desatualização se verifica pela falta de consonância plena com a Constituição Federal de 1988 e por não ter a legislação em vigor adotado a melhor técnica legislativa. O que se pretende não é o completo afastamento dos textos legais em vigor, mas sim uma aplicação mais eficiente e coerente com as necessidades atuais, partindo justamente da legislação ora aplicada.

Gustavo Tepedino³⁰ diz que a simples adoção de cláusulas gerais não significa transformação qualitativa do ordenamento jurídico. Assim,

o legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente

²⁹ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 101

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código de 2002. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas.

Segundo Paula Castello Miguel³¹:

Considerando que o Código Civil de 2002 utilizou-se de cláusulas gerais na regulamentação dos contratos, e considerando, ainda, que vem se revelando eficiente técnica legislativa que confere às cláusulas gerais parâmetros interpretativos, busca-se oferecer à legislação em vigor os referidos parâmetros no que tange à interpretação dos contratos interempresariais. Essa contribuição procurará tornar a legislação em vigor mais eficiente e segura.

A partir da elaboração destes novos parâmetros interpretativos poderá o legislador se orientar para a produção de novos textos legais acerca da matéria. Haveria, desta forma, uma criação legislativa ordenada, evitando assim uma produção legislativa desprovida de direcionamento.

Verdade é que os preceitos constitucionais servem de parâmetro a todo o ordenamento jurídico. Assim, cabe ao aplicador do direito valer-se da Constituição como ponto de referência para todo e qualquer processo interpretativo. Neste sentido defende José Joaquim Gomes Canotilho³² que a Constituição, como norma hierárquica superior, constitui fundamento de validade das normas inferiores, determinando, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas. Diz ainda que, de acordo com esta perspectiva, não se pode dissociar o direito infraconstitucional das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado. Karl Larenz³³ completa dizendo que os princípios constitucionais devem ser observados na interpretação da legislação ordinária, devendo atuar também na concretização de cláusulas gerais.

³¹ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 101

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almeida, 1998. p. 1074-1076.

³³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, [s.d.]. p. 479.

Tal proposta encontra vasto amparo no método adotado pelos tribunais no julgamento de conflitos. O Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos do Judiciário, a saber, analisam todos os conflitos referentes às leis e regulamentos sob a ótica constitucional. Não se trata, portanto, de uma proposta aleatória, mas sim uma técnica legislativa já adotada pelo constituinte.

Segundo Gustavo Tepedino³⁴, este seria o caminho mais indicado:

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão mais e mais difusa do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter informativo de princípios, como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, os quais tem assegurado a eficácia imediata das relações de direito civil.

Paralelamente à Constituição, estão os princípios constitucionais, desempenhando papel essencial na construção de um novo parâmetro interpretativo para os contratos interempresariais, além de informar valores ao intérprete das normas infraconstitucionais. A norma legal precisa ser interpretada sempre em consonância com o texto constitucional, devendo ser excluídas todas as interpretações contrárias à Lei Maior. Ademais, os princípios constitucionais devem orientar o legislador ordinário na criação do texto infraconstitucional.

Assim, é necessário compatibilizar aqueles valores referentes à atividade econômica contidos na Constituição e preconizados pelos princípios com a atividade privada atual, fazendo surgir um novo parâmetro de interpretação.

Em se tratando de valores que orientam a atividade econômica, há que se considerar, inicialmente, a internalização dos valores capitalistas, para posteriormente se pensar na limitação à estes valores. Ora, é de se esperar que o empresário seja movido pela possibilidade de retirar da atividade benefícios individuais. Os princípios da livre iniciativa, a

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12.

propriedade privada e a livre concorrência, basilares do direito privado, trazem consigo, irremediavelmente, um caráter individualista.

Neste sentido defendem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins³⁵:

O empresário deve ser o senhor absoluto na determinação de o que produzir, como produzir, quando produzir e porque preço vender. Esta liberdade, como todas as outras de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade sempre de alguns temperamentos. O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade.

Não há que se falar em hierarquia de princípios constitucionais, tão logo estes se apresentem no mesmo patamar de importância perante o ordenamento jurídico pátrio. Todavia, resta evidente que os valores sociais não podem preceder os valores capitalistas. É necessária a ameaça a um valor social para que se limite um valor capitalista. Os direitos capitalistas são dados aos empresários para que estes os exerçam em liberdade, entretanto devem respeitar aos direitos sociais em seu exercício. Assim, a restrição de um valor constitucional deve ter por fundamento a garantia e a preservação de outro valor constitucional, respeitando o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

A liberdade contratual, prerrogativa esta decorrente dos princípios constitucionais que regem a atividade econômica, dá aos contratantes a liberdade de contratar da forma como melhor lhe convierem, garantindo assim a não ingerência de estranhos à relação contratual. Nas palavras de Paula Castello Miguel³⁶, “a intervenção do Estado nos contratos é restrição a valor capitalista, sendo admissível somente quando necessária para a proteção de outro valor constitucional. Tem-se, então, que a intervenção nos contratos deve ser exceção”.

Justifica-se, portanto, a intervenção na relação contratual quando estão ameaçados valores como a dignidade da pessoa humana, justiça social, função social da propriedade, igualdade, defesa do consumidor, dentre outros valores constitucionalmente tutelados. A

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da silve. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 16.

³⁶ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 124.

ameaça desses valores surge, essencialmente, quando há flagrante desequilíbrio entre os pólos da relação contratual. Ora, se há paridade de condições entre os contratantes, estes mesmo serão capazes de solucionar qualquer conflito aparente, negociando entre si. Todavia, será legítima a intervenção nos casos em que houver comprovada desigualdade entre as partes. Corroborando para este entendimento, disserta Carlos Alberto Ferreira³⁷ que tanto a limitação da liberdade como a irrestrita autonomia de vontade, podem levar a desequilíbrios sociais irreparáveis.

A fim de se garantir a justiça contratual, se faz necessário que a intervenção seja adequada, na medida certa. O princípio da igualdade é a norma constitucional básica, nomeada também de princípio da isonomia, e consiste na igualdade jurídico-formal de todos perante a lei. Deve-se oferecer tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais. Garantir apenas a igualdade formal não é, há muito, suficiente.

³⁷ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**: Cadernos I. São Paulo: Mas Limonad, 1999. p. 59.

5 A VULNERABILIDADE NOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Classificar os contratos interempresariais em contratos entre iguais e contratos entre desiguais é, sem dúvidas, essencial para analisar a necessidade da adoção de medidas protetivas para este tipo contratual. Nos contratos entre iguais deve sempre prevalecer a vontade das partes, uma vez que há paridade entre os polos da contratação, e na maioria dos casos não há ameaça aos valores constitucionalmente protegidos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a busca pela igualdade. Todavia, nos contratos entre desiguais, onde há flagrante desequilíbrio entre os polos contratuais, essa autonomia resta comprometida. Nesses casos é necessário que o Estado intervenha a fim de evitar que valores constitucionais sejam ameaçados, garantindo a preservação dos interesses da parte mais fraca.

Nesse sentido, assegura Paula Castello Miguel que

a classificação dos contratos interempresariais entre iguais e entre desiguais obedece ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, adota o meio mais adequado para atingir os fins que objetiva, causando a menos ingerência possível, pois somente interfere nas relações que necessitam da intervenção para garantir a igualdade contratual.

Fato é que nos contratos onde não há paridade entre os polos da relação contratual também não há liberdade efetiva, nem autonomia da vontade, para o contratante em posição de vulnerabilidade. O que se pretende com essa classificação é garantir a liberdade possível e necessária aos contratos entre iguais, já que as próprias partes possuem a capacidade necessária para assegurar seus interesses, e garantir a igualdade nos contratos entre desiguais.

Vulnerável é “aquele que se vulnera; diz do lado fraco de um assunto ou questão, e do ponto por onde alguém pode ser atacado ou ferido”³⁸. É, portanto, o lado mais fraco da

³⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p.1256.

negociação, pelo este que não é capaz de contratar em pé de igualdade com outrem. O conceito de vulnerabilidade já fundamentou a proteção legal oferecida aos trabalhadores em suas relações de trabalho e fundamentou, também, a proteção concedida aos consumidores nas relações de consumo, concedendo, em ambos os casos, regime diferenciado a estas espécies contratuais.

Exemplo dessas relações interempresariais onde há flagrante desequilíbrio entre os contraentes pode ser visto nos contratos realizados por empresas-âncoras. Empresa âncora é um conceito utilizado para designar empresas que desempenham papel de liderança diante de um grupo de pequenas e médias empresas fornecedoras de produtos e serviços para ela. A cooperação vertical é uma forte marca entre as empresas-âncora e as empresas fornecedoras, havendo entre elas um objetivo de promover o desenvolvimento da cadeia produtiva como um todo. Estas empresas-âncora são caracterizadas, dentre vários outros aspectos, por: posicionamento estratégico no mercado, atitude dinâmica e proativa em relação à gestão e à inovação tecnológica, e poder de barganha para estabelecimento de modos de governança mais eficientes em suas relações com clientes e fornecedores.

Dessa forma, se faz necessário que haja cooperação organizacional entre tais empresas, em especial entre a pequena e grande empresa. Há entre elas uma relação de co-dependência, estando a pequena empresa em posição inferior, uma vez que o poder de negociação da grande empresa, na maioria das vezes, é infinitamente maior. Estabelece-se aí uma relação de parceria, que se bem trabalhada, pode gerar o desenvolvimento de ambas as envolvidas no processo. Trata-se de uma tendência do mercado, onde essa relação de apoio mútuo é capaz de gerar grande vantagem competitiva.

Pequenas empresas de todo o país se organizam para fechar contratos com gigantes do mercado, já que um bom acordo comercial pode garantir o faturamento de meses para o pequeno fornecedor. E, para garantir um bom acordo, é preciso estimular o

desenvolvimento destes pequenos empresários, a fim de minimizar o grau de dependência com a empresa-âncora e maximizar seu poder de negociação e estipulação de preços junto à mesma. Esses contratos podem significar uma garantia de estabilidade financeira para a pequena empresa fornecedora, e ao mesmo tempo, representam a terceirização de uma atividade para a grande empresa. O benefício destes contratos é notório para ambas as partes contratantes. O empresário precisa se conscientizar da necessidade da não exploração do vulnerável, partindo ele próprio para contratos mais equitativos. Os negociadores, todavia, tendem a pensar que precisam lucrar às expensas da outra parte, e assim perdem chances de transacionar benefícios mútuos entre ambas as partes, adotando certos procedimentos e cometendo erros que, se prevenidos ou evitados, podem tornar a negociação mais racional e alcançar melhores resultados.

Segundo Idalberto Chiavenato³⁹,

a negociação significa um processo pelo qual duas ou mais partes trocam valores entre si e tentam concordar sobre a taxa de troca entre elas. Isso significa que a negociação está focada no acordo ou na barganha entre as partes envolvidas. As partes podem ser comprador e vendedor, organizações ente si, organização e pessoas, gerentes e subordinados, pessoas e pessoas. Vendedores negociam com clientes, organizações negociam com fornecedores, gerentes negociam com subordinados, e assim por diante. (Chiavenato, 2004).

Duas podem ser as estratégias de negociação adotadas pelas organizações, quais sejam a Estratégia Ganha-Ganha e a Estratégia Ganha-Perde⁴⁰. Na primeira, é preciso definir o conflito como um problema mútuo, e partir para acordos criativos que satisfaçam ambos os lados, garantindo resultados conjuntos. A comunicação deve ser clara, franca e alinhada com as necessidades do grupo, livre de ameaças e pressões que reduzam as chances de defesa do pólo mais vulnerável.

³⁹ CHIAVENATO, Idalberto. **Comportamento Organizacional**: a dinâmica do sucesso das organizações. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004, p. 397.

⁴⁰ Adaptado de Johnson, D. W. ; F.P. **Joining together**: Group theory and group skills. Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1975, p 182-183.

Já na Estratégia Ganha-Perde, ainda predominante na maioria dos contratos negociados pelas empresas, não há tal cooperação. O que se pretende é forçar o contratante à submissão, utilizando-se de comunicação dissimulada, vaga, ameaças e pressões. Aqui apenas um dos pólos da negociação terá de fato alguma vantagem competitiva.

Assim, diante do desequilíbrio visto em alguns contratos entre pequenas empresas fornecedoras e grandes empresas, se faz necessário um estudo acerca do tratamento jurídico dispensado a estes casos. Mostra-se de extrema relevância a análise da relação de hipossuficiência estabelecida nestes contratos, tendo em vista que, muitas vezes, o pequeno fornecedor fica de mãos completamente atadas para negociar, ficando toda a negociação a critério das grandes empresas. Ademais, há que salientar que estas grandes empresas possuem grande poder econômico, significando verdadeiras bases de economia.

O que se propõe é que, uma vez constatada a vulnerabilidade de uma empresa diante da outra, sejam aplicadas as normas contratuais de forma a protegê-la, garantindo que sejam respeitados todos os valores constitucionalmente protegidos aqui já mencionados. Todavia, não se pode analisar a vulnerabilidade do empresário da mesma forma que se analisou a vulnerabilidade dos consumidores e trabalhadores. O que motiva a proteção dessas duas figuras são a necessidade e a falta de preparo. Isso não acontece com o empresário.

Não se pode equiparar ao vulnerável o empresário despreparado ou displicente, já que ninguém é obrigado a empreender, e atuar como empresário exige, acima de tudo, capacitação específica e profissionalismo. A classificação de contratos entre desiguais não pode ser utilizada com o fim de suprir a falta de competência para o desempenho da atividade empresarial ou a falta de cautela, mas tão somente para favorecer aqueles que sofreram danos por não possuírem condições reais de avaliar ou compreender a contratação, ou ainda que não puderam negociar efetivamente o contrato.

6 ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA À LUZ DA VULNERABILIDADE NOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Uma vez caracterizada a vulnerabilidade em um dos pólos da relação contratual, partiremos para a análise de dois princípios constitucionais basilares ao direito contratual, cujo objetivo é demonstrar a aplicabilidade desse novo parâmetro interpretativo. Resta claro, no presente trabalho, que o objetivo maior é garantir aos contratos entre iguais ampla liberdade de contratação, preservando, ao máximo, o princípio da autonomia da vontade. Ao mesmo tempo é preciso garantir a proteção necessária ao contratante vulnerável nos contratos entre desiguais.

Os princípios da função social e da boa-fé foram regulamentados no que tange aos negócios jurídicos⁴¹ e contratos⁴², e pela leitura do art. 421 do Código Civil de 2002 depreendemos que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

5.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

⁴¹ É o que vemos no art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁴² É o que vemos no art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa fé.”

A função social do contrato, assim como na função social da propriedade, preza pelo interesse coletivo acima do interesse individual. Trata-se, portanto, de mais um limitador à vontade individual das partes na busca pela justiça social. Nesse sentido,

o interesse fundamental da questão da função social está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias de valores de justiça, que igualmente tem peso social. (NORONHA, 1994)⁴³

Acerca das mudanças sofridas na concepção do referido princípio, vejamos os dizeres de Eduardo Sens dos Santos⁴⁴:

A função social do contrato no Estado Liberal consistia em possibilitar o equilíbrio formal e a autonomia da vontade dos contratantes. Se atualmente a sociedade não é mais liberal, a função social do contrato também não é a mesma. O lado que mais pesa na balança deixou de ser a liberdade do indivíduo, mas sim a liberdade dos indivíduos, da sociedade; enfim, da coletividade.

Proteger o mais fraco significa proteger a coletividade, e, nesse novo modelo social, precisamos entender a função social do contrato como decorrente da observância do bem comum, através da garantia da justiça contratual – prezando pela harmonia da prestação e contraprestação – e o atendimento ao bem comum. Na sociedade atual, de fato, não se pode ignorar que a garantia do equilíbrio contratual decorra da observância do bem da coletividade, uma vez que um contrato desequilibrado traz efeitos negativos para a sociedade.

Quando nos deparamos com um contrato cujas partes não estão em posição de igualdade, será necessário que se fiscalize o cumprimento da função social do contrato, a fim de garantir o equilíbrio contratual. Assim, a cláusula geral da função social do contrato, em uma relação desigual, garante a proteção do contratante vulnerável. O atendimento ao bem comum será percebido no momento em que se garante a proteção do pólo mais fraco da

⁴³ NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 88.

⁴⁴ SANTOS, Eduardo Sens. **O novo Código Civil e as cláusulas gerais**: exame da função social dos contratos. Revista de Direito Privado, São Paulo: RT, n. 10, abr-jun. 2002, p. 27.

relação contratual, já que os efeitos de um contrato justo beneficia toda a coletividade. Nesse sentido defende Paula Castello Miguel⁴⁵ que:

O princípio da função social atua de certa forma como limitador da vontade das partes, ou, no mínimo, baliza a vontade das partes, pois esta só será preservada se cumprir a função social do contrato, hoje entendida como equilíbrio contratual e atendimento do bem comum.

E ainda:

Oferecer meios para o empresário tornar-se mais competitivo no mercado, seja interno ou externo, é favorecer o crescimento da atividade empresarial. A atividade empresarial, dentro do sistema capitalista, é a mola propulsora de crescimento econômico, principalmente por meio da geração de trabalho e tributos. O aumento da competitividade gera também a produção de bens de maior qualidade e menor preço, beneficiando o mercado consumidor.⁴⁶

Assim, na concretização da função social do contrato, não se mostra necessário preocupar-se com a manutenção do equilíbrio entre as partes quando estamos diante de um contrato entre iguais, já que o simples fato de haver paridade entre as partes assegura tal equilíbrio. Ademais, quanto mais se preservar o livre pacto entre as partes, mais se favorece o desenvolvimento empresarial.

5.2 BOA-FÉ OBJETIVA

O conceito de boa-fé se baseia na consciência do indivíduo. Boa-fé é a “certeza de agir com o amparo da lei ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa, sinceridade,

⁴⁵ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 152.

⁴⁶ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 152.

lisura”⁴⁷. Inicialmente, basta que o indivíduo acredite estar agindo em conformidade com a lei. Todavia, é preciso diferenciar a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. Na primeira, o que se analisa é a intenção do agente, sua consciência quanto à ilicitude ou não da conduta. Já na boa-fé objetiva espera-se do agente um padrão comum e correto de conduta, baseado no conceito de homem médio. Aqui não se averigua a intenção do agente, mas tão somente se este agiu como um homem honesto, leal e correto aos olhos da sociedade.

Além dos deveres previamente estipulados nos contratos, a boa-fé objetiva impõe ao contratante os deveres de informação, cooperação e de cuidado. Tais deveres devem estar presentes tanto nos contratos interempresariais entre iguais, quanto nos contratos interempresariais entre desiguais. Todavia, haverá uma gradação diferente para esses deveres, já que a conduta honesta de quem contrata com um vulnerável difere da conduta esperada quando se está diante de um contato entre iguais. Acerca do tema, é a opinião de Paula Castello Miguel⁴⁸:

A presença ou não do elemento vulnerabilidade altera o padrão de conduta médio do contratante. Na contratação entre desiguais, os deveres acrescidos pela boa-fé objetiva (como o dever de informar, o dever de cooperar e o dever de cuidar) merecem cuidado especial. A posição de vulnerabilidade, que retira deste contratante a capacidade de compreender certas informações, retira o poder de negociação, entre outras, deve ser compensada no exercício da boa-fé objetiva. Já na contratação entre iguais, quando há paridade entre os pólos da relação contratual, os cuidados decorrentes da boa-fé objetiva são menores, mas, ressalta-se, não desaparecem. O dever de cuidar diminui, pois a igualdade das partes faz presumir quem ambas têm a mesma condição de cuidar de si mesmas. O dever de informar observa o padrão dos contratantes, não havendo necessidade de esclarecimentos detalhados como se faz com o contratante vulnerável, que não tem capacidade de compreensão de certas informações. O dever de cooperação permanece, mas, também, em menos intensidade. Pode-se dizer que na contratação entre desiguais prevalece o dever de cooperar sobre o de cuidar.

Ao passo que nos contratos de consumo o que se pretende oferecer ao consumidor é uma segurança absoluta, livre de dúvidas e riscos, nos contratos interempresariais isso não

⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 265.

⁴⁸ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 157.

será possível, nem mesmo quando se estiver diante de uma relação contratual entre desiguais. O risco será sempre um elemento inerente à atividade empresarial, e nem sempre o empresário terá suas expectativas atendidas. Nenhum diploma legal será capaz de anular este risco. Qualquer tentativa de revisão de contrato entre empresas fundada no risco da atividade vai de encontro à boa-fé objetiva, e não merecerá, portanto, prosperar. Por mais vulnerável que seja, a conduta correta do empresário se baseia na assunção do risco de sua atividade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já restou comprovado que impor regras imperativas ao empresário compromete sua competitividade, e conseqüentemente sua capacidade de diferenciar-se dos demais. Entretanto, a inexistência de regras traz prejuízo maior ainda. No primeiro caso, por mais onerosa que pareça, a imposição de deveres ao empresário gera um valor que integrará o risco empresarial, ao passo que a ausência de regras impede o cálculo, dificultando a projeção da atividade. O empresário precisa, portanto, objetivar as regras que lhe serão postas pelos contratos interempresariais, necessidade esta que entra em colisão com a grande discricionariedade proporcionada pelo legislador através das cláusulas gerais vistas no Código Civil de 2002. Tornar claras as regras que orientam os contratos interempresariais quando temos um vulnerável em um dos pólos da relação contratual é essencial.

A presença da vulnerabilidade nos contratos interempresariais entre desiguais nos induz a optar pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, não podemos aplicar analogicamente tal diploma legal, uma vez que estão ausentes os pressupostos para tal aplicação. Não podemos comparar o empresário vulnerável ao consumidor, já que se tratam de sujeitos diferentes, com motivações e necessidades diferentes, como já explicitado no presente trabalho. Ademais, não se pode dizer que não há regulação quanto aos contratos interempresarias entre desiguais, tão logo encontremos as cláusulas gerais no Código Civil de 2002. Ora, onde não há lacuna, não caberá analogia.

Por outro lado, podemos optar por uma interpretação extensiva, a qual se baseia na dilatação das regras que protegem o consumidor vulnerável para proteger, também, o empresário vulnerável. O fundamento de validade da proteção oferecida em ambos os casos é o mesmo, qual seja a vulnerabilidade dos contratantes. De fato, não há vontade livre quando

se está diante de contrato desequilibrado pela desigualdade das partes. Para concretizar a autonomia da vontade, livre de qualquer vício, é preciso garantir, antes de tudo, a isonomia necessária à proteção dos princípios constitucionais, fortalecendo assim a liberdade dos contratantes.

Nos contratos entre desiguais não há liberdade de fato, e esta acaba por se transformar em opressão de um contratante sobre o outro. A flexibilidade percebida no Código Civil de 2002 através da adoção de cláusulas gerais nos permite adaptá-lo às necessidades percebidas nos dias atuais. Podemos, assim, preencher as cláusulas gerais de acordo com os princípios constitucionais norteadores do Direito Privado, e conceder interpretação mais coerente aos contratos interempresariais entre desiguais. Ao mesmo tempo, fica garantida a autonomia da vontade das partes nos contratos entre iguais, uma vez que os contratantes são capazes de proteger, por eles mesmos, seus direitos.

8 BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O poder econômico do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1953.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da silve. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almeida, 1998.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Comportamento Organizacional: a dinâmica do sucesso das organizações**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.
- El derecho em um período de transición entre épocas. Revista de Direito Civil 78/182, out.-dez. 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.
- FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional: Cadernos I**. São Paulo: Mas Limonad, 1999.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista Trimestral de Direito Civil 1/10, Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2000.

- JUNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano e o direito civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor* 1/29, 1992.
- O projeto de Código Civil e as normas sobre a atividade negocial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 9/99, São Paulo: RT, 1973.
- PAZZINATO, Alceu; SENISE, Maria Helena. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 2002.
- Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor* 42/187, abr.-jun. 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTOS, Eduardo Sens. **O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social dos contratos**. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, n. 10, abr-jun. 2002.

SOUZA, Washinton Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código de 2002. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

WALD, Arnaldo. **O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**. RT 666/8, São Paulo: RT, ABR. 1991.