
A VERTICALIZAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Egydio Marques Dias Netto

Advogado
e-adv@outlook.com

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves

Professor do Curso LLM em Direito Empresarial Aplicado - Faculdades da Indústria

RESUMO

O presente estudo foi conduzido para demonstrar a importância de se conhecer profundamente a lógica das relações empresariais. O motivo do trabalho advém da constatação do enfraquecimento dos princípios desse ramo do direito, culminando em revisionismos e interpretações equivocadas dos contratos empresariais, acarretando enorme insegurança jurídica aos envolvidos. Este trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade de se compreender o direito comercial como ramo próprio, com características únicas, fazendo-o de uma forma vertical, iniciando com o resgate da importância dos princípios constitucionais, a fim de que o intérprete do contrato empresarial tenha a segurança e tranquilidade de decidir de uma forma mais justa possível.

Palavras-chave: Contratos empresariais. Interpretação. Verticalização interpretativa.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito empresarial teve uma evolução histórica marcada por rupturas paradigmáticas profundas, como na passagem do medieval *jus mercatorum*, baseado nos usos e costumes, para a sistematização, advinda do racionalismo ilimitado, forma de pensar da Idade Moderna; bem como, mais recentemente, na relativização do *pacta sunt servanda* na segunda metade do século XX. Historicamente, em qualquer área da sociedade, as mudanças de paradigmas implicam no surgimento de novas concepções que variam das mais sensatas às mais extremadas. E no direito não é diferente. Ocorre que a divergência de interpretações no campo das leis nunca é sanada com a rapidez desejada — muitas vezes levam-se décadas para a consolidação de um conceito límpido — e implica numa insegurança social que prejudica, inclusive, dependendo da matéria, o desenvolvimento econômico do país. O direito comercial, no Brasil sendo base fundamental da República, está passando por esse longo processo de consolidação de novos paradigmas pelas consequências advindas da unificação com o direito

civil, refletindo no Judiciário essa indecisão, e, conseqüentemente, na economia do país como um todo.

Especificamente acerca da compreensão do que verdadeiramente consiste um negócio jurídico interempresarial, há um grande desamparo doutrinário no Brasil, e conseqüentemente jurisprudencial. As peculiaridades que envolvem o negócio, as características únicas de seus sujeitos e seus objetivos ao formalizarem um contrato entre si não são bem compreendidos no Judiciário. Mas o contrato é vital para o empresário, as suas principais relações econômicas envolvem esse instrumento e, se aquele que o analisa não o compreende a fundo, causa grande insegurança. A ilustre Procuradora do Estado e professora da UFPR Marcia Carla Pereira Ribeiro destacou muito bem, em palestra na FIEP em Curitiba, a importância dos contratos no direito empresarial, frisando que é através deste instrumento que a atividade empresarial (extremamente dinâmica) se movimenta. Lembra, no entanto, que no Brasil essa importância não é reconhecida nem nos cursos de Direito, pois as faculdades reservam um tempo exíguo para o ensinamento do tema e isso é um grave defeito, já que a rotina dos problemas jurídicos numa sociedade, quase sempre envolve contratos: ou é um problema com sócios ou é com terceiros (informação verbal, RIBEIRO, 2013). E estes contratos deverão ser sabiamente interpretados, seja pelo advogado da empresa, árbitro ou juiz, profissionais estes que não receberam, via de regra, o preparo ideal na sua formação para solução correta dos problemas.

Atualmente, ultrapassado o pensamento liberal clássico acerca da força obrigatória dos contratos, cabe ao intérprete saber trabalhar com a realidade sócio econômica, com as regras abertas, com os princípios sociais e adaptar seu convencimento à lógica comercial para não flexibilizar o direito comercial como ocorre em outros ramos do direito pela sua própria natureza. A evolução do direito comercial trouxe características próprias dentro de sua área, principalmente para garantir às partes uma segurança de que o acordado vai ser cumprido. O que se verifica hoje com o enfraquecimento do princípio da força obrigatória dos contratos (nesta transição de paradigmas) é uma infiltração equivocada de princípios de outras áreas cujas regras foram criadas para situações absolutamente distintas de uma relação entre empresários, acarretando uma intervenção indevida do Estado, gerando insegurança na classe, retração nos negócios e prejuízo econômico ao país.

Diante dessa mistura de conceitos e interpretações contraditórias que estrangula a liberdade negocial, faz-se necessário, então — e este é o objetivo do presente trabalho —

estabelecer diretrizes interpretativas aos negócios empresariais. Primeiramente, resgatar os pilares do direito empresarial realizando uma releitura com uma ótica verticalizada; realçando o fato de que a empresa está elevada à categoria de princípio fundamental da República, ao lado da cidadania e da dignidade da pessoa humana, todas elencadas no artigo primeiro da Constituição Federal (CF). Com a assimilação dessa importância constitucional, aplicando seus princípios de maneira correta, compreendendo que a atividade empresarial é fundamental para o Estado, assim como é também o trabalho, o indivíduo e a dignidade humana, permite compreender que este ramo do direito tem sua lógica peculiar, suas regras, seus princípios, como os têm, também, as relações civis, consumeristas e trabalhistas, mas, cada qual em seu contexto.

2 A IMPORTÂNCIA DA CORRETA COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Sem necessidade de se fazer um resgate histórico-evolutivo do direito empresarial, já exaustivamente estudado em qualquer obra da matéria, cumpre esclarecer que merece especial destaque certos princípios históricos, que, se bem empregados nos tempos atuais, com as ressalvas necessárias, são extremamente úteis para a compreensão e aplicação do direito empresarial. Como é por meio dos contratos que as relações interempresariais se externalizam, gerando efeitos entre si e perante terceiros, cumpre ao ramo do direito empresarial estudar aprofundadamente tais instrumentos para compreendê-los e regulá-los.

Esta correta compreensão e interpretação dos contratos empresariais são fundamentais para o desenvolvimento da economia. Um sistema jurídico que se apresente com regras claras, que tutele o crédito e um Judiciário que demonstre não só conhecer, mas saber distinguir os princípios próprios do direito empresarial dos outros ramos do direito implica na segurança jurídica que o comerciante precisa ter para negociar, pois o sistema lhe dará a previsibilidade, tão necessária para os negócios como um todo. Sem a previsibilidade, o risco, que já existe em qualquer negócio, cresce exponencialmente, inibindo as transações.

Num sistema jurídico e jurisdicional coerente (em que os contratos são analisados com propriedade), surge a confiança necessária e a possibilidade das partes contratantes vislumbrarem de antemão as consequências das obrigações contratuais pactuadas. As partes

terão a certeza¹ do quê de fato representa sua manifestação de vontade e da forma que ela será recepcionada pelo Estado-juiz. Com o resgate dessa confiança pelas razões acima, haverá um incentivo para a já natural fluidez das relações comerciais e suas consequências benéficas: maior circulação de riquezas, empregos, consumo e arrecadação de impostos (não seria essa a maior função social de um contrato empresarial?). O país ganha como um todo.

3 O PROBLEMA INTERPRETATIVO

Apesar de a atual conjuntura econômica do país ser razoavelmente mais favorável do que décadas atrás e do que a de muitos países vizinhos (longe da ideal, é verdade), o que fomenta ainda mais as relações interempresariais, se hoje há um sentimento da classe empresária ao celebrar um contrato, este sentimento pode ser definido como de aflição: é impossível se ter segurança ao firmar um contrato porque o Judiciário não possibilita antever o resultado de uma eventual disputa judicial². O código civil (com a tendência de dirigismo contratual³) passou a reger os contratos do âmbito civil e também empresarial, e, apesar de não ser a intenção, misturou regras. Cláusulas abertas como a função social do contrato são interpretadas das mais diferentes formas sob o pretexto de revisar a vontade inicial dos contratantes, pois a não conceituação clara do quê seria a função social num contrato permite qualquer interpretação.

Paula A. Forgioni ressalta que talvez o apego demasiado à letra da lei, advinda do positivismo clássico, tenha deixado desamparado o direito empresarial no que tange ao estudo mais aprofundado sobre a interpretação de seus contratos, já que a doutrina é escassa se comparada a outros temas do direito civil (informação verbal, FORGIONI, 2013). Sem esse apoio doutrinário, constata-se uma intervenção demasiada do Judiciário revendo cláusulas dos contratos celebrados entre empresários aplicando princípios consumeristas e trabalhistas onde não se deve. Isto sem dúvida alguma é reflexo dessa carência doutrinária que dificulta a compreensão do juiz sobre as características únicas deste ramo do direito e demonstra que algo está muito errado no sistema brasileiro: ou se está ignorando a lógica do sistema

¹ Obviamente que seria impossível querer que se atinja o nível de certeza absoluta do posicionamento do magistrado, mas a fixação de uma doutrina e jurisprudência fortes que resgatem os princípios constitucionais de ordem econômica do direito empresarial, que respeitem suas peculiaridades, permitiriam uma maior tranquilidade às partes para negociar.

² E nem é célere o suficiente na entrega da prestação jurisdicional, mas isso é outro assunto.

³ Permitindo a intervenção do Estado para proteger a parte mais fraca na relação (fato mais raro numa relação mercantil).

⁴⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

empresarial, ou, inadvertidamente, colocou-se o direito empresarial hierarquicamente abaixo dessas leis.

O advogado e professor Oksandro Gonçalves destaca este problema, afirmando que o direito empresarial atualmente vive um momento de efervescência não só pela iminente promulgação de um novo código, mas principalmente porque o sistema como um todo, a partir da unificação com o código civil, não deu certo, pois a partir daí passou-se a entender que o direito comercial teria sido “absorvido” pelo direito civil (informação verbal, OKSANDRO, 2013). De fato, a unificação legislativa advinda com o Novo Código Civil⁴ realmente conduziu a uma experiência ruim ante a confusão de aplicação de princípios; criou uma mesma teoria geral para contratos civis e mercantis, enfraquecendo os valores do direito comercial, contaminando-o, por assim dizer, com outras lógicas diferentes das suas. A prática mostrou que é mais útil (no aspecto interpretativo) a separação das leis. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) talvez enfrentasse ainda mais dificuldades para reduzir as disparidades de forças entre consumidor e fornecedor se ele estivesse sido inserido no Código Civil⁵. Então, a razão de ser do novo código empresarial, sem dúvida alguma é este resgate de sua

⁴ O notável jurista Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora do Código Civil brasileiro de 2002, durante na conferência de abertura do I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL, realizada no período de 18 a 22 de agosto de 2003, afirmou em sucinto comentário que a intenção de inserção do direito empresarial no código civil foi das mais nobres, seguindo um raciocínio lógico: “[...]o Novo Código precisava ser de um país não mais agrário, mas sim que se projetava no mundo na atividade econômica cidadina. E a cidade está mais aberta ao progresso do social. Houve então necessidade de inserir-se, no Código, o Direito das empresas. As empresas vêm dar uma nova coloração ao Código Civil. [...] A empresa, por conseguinte, vem dominar o mundo econômico, porque temos a empresa comercial, industrial e de serviços, quer seja mantida pelo poder público ou pelos particulares. Então, temos aí uma novidade maior. Por que essa inserção do Direito empresarial no corpo vivo do Direito civil? É que o Direito das obrigações estabelece as relações de encontro de vontades, no sentido de se agrupar duas ou mais pessoas da sociedade para a realização de um empreendimento de natureza econômica” (REALE, Miguel. I Simpósio OAB-SP E FGV-EDESP Sobre Direito Empresarial e o Novo Código Civil, realizada no período de 18 a 22 de agosto de 2003. In: *CADERNO DIREITO GV* v. 1, nº. 6. Julho 2005. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas. ISSN 1808-6780. Bimestral. p. 12 e 13).

⁵ Se isso ocorresse, o trabalho de fixação dos preceitos básicos das relações de consumo estaria ainda “engatinhando”. Jamais o microsistema do CDC seria tão revolucionário e útil como de fato foi se compartilhasse o mesmo codex do direito comum civil, dificultando sua compreensão e aplicação. Por exemplo, sabe-se que um ato de compra e venda de imóvel pode ensejar a aplicação do direito civil, empresarial ou consumerista, dependendo das pessoas envolvidas e de sua finalidade. A escolha da aplicação da regra correta deve estar muito clara na mente do juiz, pois, cada conjunto de normas tem seus princípios e a confusão entre elas pelo Judiciário implicaria num resultado desastroso ao interessado. Da mesma forma que é frustrante, por exemplo, numa relação de consumo, proferir-se uma decisão que não inverta o ônus da prova aplicando-se as regras gerais de produção de prova do CPC e afastando o CDC quando reconhecidamente hipossuficiente o consumidor, também causa aversão uma decisão que altere as cláusulas de um contrato interempresarial sob o fundamento de princípios consumeristas, absolutamente inaplicáveis nessa relação jurídica.

lógica hoje um tanto quanto esgarçada⁶. Inegavelmente, o intervencionismo excessivo tem ocorrido e talvez o direito empresarial brasileiro realmente necessite trabalhar muito para recuperar a sua importância como ramo autônomo, e, a promulgação de um novo código comercial provavelmente traga esse impacto necessário no intérprete, como trouxe recentes diplomas legais como o CDC⁷.

É necessário então resgatar o que se perdeu. Facilitar o trabalho do intérprete na análise dos contratos empresariais, recuperando os princípios do direito comercial a fim de que se tenha absoluta compreensão de sua autonomia e sua lógica própria. Vale citar o sábio ensinamento de Tullio Ascarelli:

A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos. (2001, p. 93)

Na iminência da promulgação de um novo código, como mencionado, o direito empresarial tenta se apurar e resolver a enorme insegurança advinda da redução cada vez maior da autonomia da vontade (muitas vezes de forma equivocada como discutido adiante). É importante que se dê continuidade ao processo evolutivo do direito, começando com uma correção de rota a qual hoje está um tanto quanto confusa.

No presente trabalho não procurou fazer um levantamento estatístico jurisprudencial. É construído pela constatação profissional de advogado, das vozes de renomados juristas e outros profissionais não tão conhecidos, mas não menos competentes. Portanto, é absolutamente teórico, desenvolvido sobre uma constatação notória de uma dificuldade que vem enfrentando os operadores do direito nesse ramo do direito. Neste artigo, busca-se mostrar a importância de reafirmar a lógica própria do direito comercial, deste ramo voltar a marcar seu território, delimitar com energia qual é sua área de atuação e suas regras, principalmente para impedir a incidência de conceitos e princípios estranhos no seu campo de domínio – que são importantes lá, mas prejudiciais aqui.

⁶ Recoser os valores esgarçados do direito comercial significa enunciar, estudar e divulgar os princípios desta disciplina, sintonizando-os com os valores cultivados pela sociedade brasileira contemporânea. (COELHO, 2012, p. 20)

⁷ O CDC desempenhou o papel deflagrador de um repensar crítico do Direito Privado, criando nos anos 90 um movimento conhecido como “consumerismo”, que procurava se afastar ao máximo da dogmática liberal e patrimonialista do Direito Civil original. (TEPEDINO, 2005, p. 9)

⁴² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

4 DA VERTICALIZAÇÃO INTERPRETATIVA

Muito embora o direito comercial seja um dos mais antigos ramos do direito, codificado no direito brasileiro no século XIX, possuindo diversos princípios insculpidos na Carta Magna, hoje se constata que outros ramos do direito são interpretados com mais ênfase constitucional do que o direito empresarial. A enorme dinamicidade das normas, a parcial revogação do código comercial, a derrocada do *pacta sunt servanda*, o surgimento de cláusulas abertas sociais no código civil (com uma construção doutrinária muito forte) deixaram o direito empresarial quase que marginalizado, enfraquecendo não só sua lógica funcional como até mesmo seus princípios constitucionais. Isso se deve em grande parte, de um lado, ao grande desenvolvimento doutrinário dos princípios sociais, e de outro, a falta da mesma atenção em relação ao direito comercial, sendo “esmagado” pelo que se entende de um ideal jurídico contemporâneo. Diante disso, é comum constatar que os princípios constitucionais relativos ao comércio estão sendo preteridos quando em confronto com os princípios sociais, como se aqueles fossem “subprincípios” ou que ambos fossem sempre necessariamente antagônicos, o que não são. Pode haver o conflito, mas perfeitamente solucionável em cada circunstância concreta, eles interagem.

O que se poderia perguntar é se é possível organizar-se a justiça social dentro de um regime de liberdade de iniciativa. A nosso ver não existe uma contradição visceral entre essas ideias. É certo que jogadas a si mesmas as forças da produção podem caminhar num sentido inverso ao da justiça, contudo, ainda assim, os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa. Ao Estado pode caber um papel redistribuidor da renda nacional. O que não é aceitável é ver-se uma contradição entre a liberdade de iniciativa e a justiça social a ponto de se afirmar que esta última só é atingível na medida em que se negue a primeira. (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 18).

Diante dessa “prioridade” recebida pelos princípios sociais, é imprescindível, antes de tudo, fazer esse resgate do direito empresarial, demonstrando que de fato este tem também um embasamento principiológico constitucional tão forte e importante para o país quanto os sociais. Isso é fundamental o intérprete compreender, para aplicá-los com inteligência, fazendo o sopesamento correto em cada caso concreto, sob pena de se perpetuar esse atropelo à livre iniciativa.

Princípio é o conceito maior, o fundamento, a razão de ser de uma lei ou de qualquer campo do conhecimento. É o pensamento que origina uma lei, um código ou até todo um ordenamento jurídico (CARRIÓ, 1970, p. 33). O princípio não é criado pelo legislador, este

só o transforma em lei. É na harmonia da lei com seu princípio norteador que se atinge uma decisão justa aos olhos de todos. Nas palavras de Jorge Miranda (1983, p. 199), a “ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”.

Os princípios constitucionais abrigam os valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico do país. A Constituição é a base fundamental da República; todas as leis e relações jurídicas estão subordinados à sua autoridade, suas regras e princípios. Todo o conjunto de normas sistematizadas advém dessa ordem superior, de um conceito pré-estabelecido na Constituição. A lei é a concretização dessas ideias. Estando consolidados os princípios empresariais na Carta Magna, passam a ter valor norteador fundamental, pois regulam as diversas normas infraconstitucionais bem como sua aplicação⁸.

Porém o que se percebe é que, ainda que a Constituição brasileira traga em seu texto esses princípios fundamentais, ainda que o direito empresarial tenha recebido a merecida importância do legislador constituinte ao situá-lo no ápice da pirâmide jurídica, como fundamento do Estado previsto logo no art.1º da Constituição Federal⁹, não há um tratamento merecido por parte da doutrina quanto aos princípios constitucionais do direito empresarial e isto se reflete nos julgados. Esse problema (que não deveria ter surgido) deixou o direito empresarial “moralmente enfraquecido”. Há uma influência controladora e reguladora crescente do Estado sobre o mercado, restringindo gradativamente a livre iniciativa sob os mais variados pretextos, causando um malefício à atividade empresarial que, no final das contas, prejudica o próprio país.

Os princípios consagrados na Constituição (como a dignidade da pessoa humana, o trabalho, livre iniciativa, etc.) têm uma enorme relevância na aplicação do direito e na criação de novas normas. Os princípios constitucionais, como adiante se demonstra, são necessários para uma correta compreensão de todas as demais normas comercialistas. Muito mais

⁸ Segundo De Plácido e Silva: Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerces de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito (2001, p. 639).

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁴⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

compreensão do que interpretação. É bom frisar a palavra compreensão porque não será apenas na Constituição que se obterá a resposta para interpretar as divergências contratuais; isso é um erro, ainda mais no Brasil onde a aplicação equivocada de princípios tem trazido o caos nas relações jurídicas¹⁰. Os princípios constitucionais não darão as respostas aos problemas, mas são importantes para ambientar, mostrar o cenário ao intérprete de como ele deverá pensar. Raciocina-se de forma completamente diferente, por exemplo, quando se está diante de um caso criminal e de um civil, mesmo que ambos tenham princípios consagrados na Constituição. Essa diferença de pensar é relevantíssimo destacar, porque a CF traz princípios dos mais diversos e o mau emprego deles é uma das causas do esfacelamento das bases do direito empresarial.

Essa compreensão da importância dos princípios constitucionais da atividade econômica é que deve ser o comando para qualquer interpretação das relações interempresariais. Retomar a fundamentação constitucional deste ramo do direito é o primeiro passo para que se entenda que o direito empresarial também tem seus princípios próprios e sua importância para o desenvolvimento do país (como os demais princípios). É, enfim, com o resgate dos primados da Constituição Federal — e não com teorias ou jurisprudências duvidosas — que o intérprete deve iniciar a compreensão de que as relações interempresariais são tão importantes quanto as outras garantias, que estão no mesmo nível e se completam, para, a partir daí, analisar as características gerais dessas relações comerciais.

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O presente trabalho foca na atitude e nos cuidados que o intérprete deve ter ao analisar as relações empresariais, por isso, não se tem como objetivo discorrer minuciosamente sobre os diversos princípios constitucionais. Convém apenas mencionar alguns que dão a dimensão da autoridade que goza a atividade empresarial no ordenamento jurídico brasileiro.

Começando com o próprio preâmbulo da Constituição, que embora não seja um princípio é tão importante quanto os “considerandos” nos contratos, onde se apresenta a intenção do legislador constituinte em “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça

¹⁰ Em qualquer ramo do direito, não só empresarial.

como valores supremos de uma sociedade”¹¹. Da leitura, fica evidente a preocupação do legislador em reconhecer que o exercício da atividade empresarial é a mola propulsora da atividade econômica, do desenvolvimento social e da nação.

Nessa esteira, já em seguida, no artigo 1º, IV da Constituição garante-se como princípio fundamental a livre iniciativa, conjuntamente com outros princípios não conflitantes como o da soberania e dignidade humana; pois são o mínimo necessário à sustentação de um Estado Democrático de Direito. A livre iniciativa é a expressão da liberdade. Estão equivocados alguns entendimentos de que a livre iniciativa não poderia conviver harmoniosamente com os demais princípios chamados de sociais (garantidores da cidadania, dignidade e trabalho). Os princípios se completam. Princípios não são normas que, se conflituosas geram uma antinomia, uma excluindo a outra. Portanto, não há conflito algum, são linhas mestras, pressupostos de toda a ordem jurídica. Basta aplicá-los de forma inteligente.

Adiantando-se ao art. 170, a Constituição, em seu título da ordem econômica e financeira, trouxe princípios garantidores de uma economia justa, que privilegia a cidadania, concede garantias, mas também estabelece limites que norteiem aos operadores da economia a observarem as leis e princípios constitucionais. São normas de ordem pública. Já no seu *caput* preceitua lições de um direito que dá a dimensão da importância de seus incisos. Diz que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Antes, já deixa explícito que a ordem econômica é fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, reforçando ainda mais o artigo 1º, IV mencionado antes; e, por fim, no parágrafo único assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica. Por tudo isso, resta evidente que a Constituição Federal coloca no mesmo patamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho como princípios que visam garantir a dignidade da pessoa humana.

Sem necessidade de discorrer sobre os outros demais princípios, é de clareza solar que a Carta Magna, desde o seu preâmbulo, teve uma preocupação muito grande em elevar à categoria de direito fundamental a livre iniciativa. E essa importância deve ser respeitada para

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁴⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

restabelecimento de seus conceitos e diretrizes, a fim de que os princípios norteadores do direito comercial não se misturem com outros de ordem civil ou consumeristas¹². Busca-se a identidade perdida, a delimitação do seu domínio de atuação socioeconômica, visando ter fundamentos claros para iniciar uma interpretação justa de um contrato empresarial. É reconhecendo a importância dos princípios constitucionais que se evita que essas regras sejam subjugadas quando do sopesamento com outros princípios, daí a importância da verticalização interpretativa. Quando o intérprete tem isso bem definido dá um largo passo para enxergar corretamente os negócios empresariais, afastando-os de erros interpretativos e fazendo com que a atividade jurisdicional transmita a confiança necessária às partes para fomentar o comércio.

5 QUESTÃO DE ORDEM

A não aplicação de determinado princípio é tão prejudicial quanto o seu mau emprego. Em ambos os casos o motivo é o desconhecimento de seu real conteúdo e aplicabilidade, passando a argumentação jurídica a ser apenas palavras vazias, um subjetivismo total do intérprete e não a aplicação correta do princípio. Há que se dizer primeiramente que não há princípio absoluto e nem se pretende com o presente trabalho reclamar uma inexistente “soberania” das regras do direito comercial, mas sim mostrar a importância do justo sopesamento.

Nas últimas décadas pós Constituição Federal e com a promulgação do novo código civil e suas cláusulas abertas abarcando o direito comercial, a prática mostrou que tanto a doutrina como o Judiciário chegaram num caos de interpretações paradoxais, ou, nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Junior (2005, p. 16-17) numa “farra principiológica” prejudicial ao desenvolvimento do próprio Direito, “pois não há um entendimento claro e nem uma sofisticação teórica homogênea sobre o que entender por princípios e como interpretá-los”. Hoje é possível utilizar princípios como o da dignidade da pessoa humana ou função social para justificar quase tudo. A hermenêutica brasileira talvez esteja na transição de paradigmas, onde nada ainda está consolidado, um cenário perfeito para a mencionada farra.

As consequências disso são realmente muito sérias. Para remediar esse caos, inseriu-se anteprojeto do novo código comercial cláusula que reza expressamente que os princípios

¹² Se tornando um amálgama jurídico de regras imprestáveis.

não afastarão as regras. Já nascerá polêmico. O código reconhece a importância dos princípios e até os relaciona em artigos, mas quer limitá-los. Essa tentativa de controle foi destacada pelo ilustre professor Carlos Alberto Hauer em palestra de encerramento do curso LLM em Direito Empresarial Aplicado da FAMEC/Faculdades da Indústria, em 06 de dezembro de 2013. Afirma, com ironia, que aquela limitação no texto da lei é uma tentativa de “encabrestar os princípios”, para que não fujam mais do controle. Disse ainda o eminente professor que em sua atividade profissional de advogado nos últimos dez anos tem presenciado que a aplicação dos princípios está sendo usada para desprestigiar regras jurídicas que são muito claras, sob a invocação de incompatibilidade com os princípios, e esse encabrestamento foi a saída legal encontrada.

Mas o que seria mais correto, afinal? Compreender os princípios ou encabrestá-los? Imobilizar não é a saída mais correta em se tratando de princípios. Talvez o efeito seja até mais prejudicial, fazendo com que os princípios do direito comercial sejam mais relativizados do que atualmente já são. A melhor forma de amenizar o problema da “farra principiológica” é não fugir do problema. Aprofundar o conhecimento desses dois gigantes ramos do direito que são o civil e o empresarial e saber delimitar seus conceitos. Esta é a questão de ordem: tão importante quanto conhecer os princípios é dominar a sua aplicação. Ao intérprete, conhecer os princípios é obrigação básica. O cerne do problema é aplicá-los corretamente.

O ex-ministro do STJ Ruy Rosado Aguiar, em 1999 (ou seja, antes da promulgação do NCC), afirmou que, diante da então futura posição evolucionista adotada pelo código civil de 2002, afastando o individualismo do antigo código e adotando princípios éticos orientadores insculpidos em cláusulas abertas, necessitava de uma magistratura muito bem preparada para trabalhar com essa nova orientação legal¹³. Mas não só da magistratura, como

¹³ “A segunda modificação básica está no uso de cláusulas gerais, que são normas jurídicas legisladas, incorporadoras de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso. Pressupõe uma técnica judicial diversa da que usamos comumente para aplicar a regra que tipifica a conduta, feita mediante simples subsunção, para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso. Isso significa certa indefinição quanto à solução da questão, o que tem sido objeto de crítica. É a antiga bipolarização entre a segurança, de um lado, e o anseio de justiça concreta, de outro; do sistema fechado, imune às influências externas, e por isso mesmo estático e facilmente superável pelo evoluir das coisas de acordo com a sua natureza, em contraposição ao sistema aberto, ‘(...) com janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos, mesmo os extrajurídicos (...) e aos princípios e regras constitucionais’, no dizer da Profa. Judith Martins Costa (COSTA, 1998. p. 5). Na verdade, existe essa abertura para o indefinido. Porém, ela decorre da própria alteração de concepção filosófica. Convencido o legislador de que, com a sua razão, não pode organizar o mundo de acordo com a sua vontade — como aconteceu logo depois da Revolução Francesa; convencido de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça, o

detectou o douto jurista Lenio Luiz Streck, procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, em palestra do dia 5 de setembro de 2013 no evento 25 Anos de Constituição Cidadã, promovido pelo STF, noticiada na internet pelo sítio Conjur (STRECK, 2013). Segundo a matéria, o professor afirmou que a razão desse “caos interpretativo” foi a falta de uma consistência teórica sólida da comunidade jurídica brasileira (de tendência formalista-positivista) para recepcionar os novos valores trazidos com a promulgação da Constituição de 1988. Sem uma teoria constitucional, importou-se teorias estrangeiras, porém, sem o devido cuidado, aplicando-se hermenêuticas de maneira equivocada, como a teoria da argumentação de Robert Alexy¹⁴, um dos maiores pensadores do direito contemporâneo, cultuado por juristas brasileiros. Este jurista alemão prega a ponderação, a racionalidade nas decisões judiciais; não diz como as coisas são, mas como elas devem ser pensadas. É de sua autoria uma “fórmula matemática” para a aplicação correta dos princípios. Entretanto, no Judiciário nacional, aplica-se apenas em parte sua tese, ou seja, utiliza-se do nome da tese como álibi teórico para o julgador fazer prevalecer o seu entendimento subjetivo (e não o técnico que a teoria pretende). Importou-se a ideia, mas não sua verdadeira essência para a ponderação dos princípios. Faz-se assim uso dos remédios principiológicos sem seguir a orientação correta, “automedicando-se”.

São vários renomados pensadores que criaram ao longo do tempo fórmulas e métodos para auxiliar na interpretação das leis e aplicação de princípios. É difícil afirmar que a tese do jurista alemão Robert Alexy seria a mais correta para a realidade brasileira ou talvez os métodos do americano Ronald Dworkin¹⁵, até porque um dos requisitos necessários ao bom intérprete é estar ambientado e inserido na cultura local, em seu valores, crença e consciência. E, mesmo a fórmula matemática de Alexy necessita atribuir pesos para cada um

legislador admitiu, como instrumento para a regulação social, a norma legal que permite a solução do caso concreto de acordo com as suas circunstâncias, ainda que isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõem solução apropriada, embora diferente da outra. Do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, v.3, n.9 set./dez. 1999. Texto baseado nas notas taquigráficas da palestra proferida no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil brasileiro, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de abril de 1999, em Porto Alegre/RS. Revisado pelo autor. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/236/398>> Acesso em: 21 mar. 2014).

¹⁴ Em brevíssima síntese, o modelo de Alexy ensina que (i) os direitos fundamentais seriam mandamentos de otimização; (ii) que é normal o conflito de princípios, acarretando restrições recíprocas; (iii) e que essas colisões são solucionadas com o sopesamento, com a proporcionalidade; (iv) e que esse sopesamento deve ter bases jurídicas sólidas sob pena de subjetivismos e arbitrariedades.

¹⁵ Publicou vários métodos interpretativos visando a melhor aplicação das normas jurídicas.

dos mencionados fatores, o que permite a manipulação, pois o intérprete pode atribuir um peso maior ou menor a cada elemento para atingir o resultado (e fundamentar tecnicamente seu subjetivismo). Mas reconhecidamente é uma técnica de inegável valor. Cite-se ainda, a título exemplificativo, outros renomados pensadores que criaram ao longo do tempo fórmulas e métodos fantásticos interpretativos, como Emilio Betti (e seus “quatro cânones”); Hans Georg Gadamer, que, em crítica a Betti chamou sua tese de “círculo hermenêutico”, aperfeiçoado por Winfried Hassemer que o nominou de “espiral hermenêutica”. Todos de incrível capacidade intelectual que deram enorme contribuição ao desenvolvimento do pensamento jurídico.

O fato é que no Brasil se constata que nem fórmulas matemáticas, nem círculos ou espirais possibilitaram um desenvolvimento de um método eficaz para amenizar essa insegurança causada pela aplicação de princípios indiscriminadamente. Entretanto, mesmo sem desenvolver um método, o direito brasileiro não deveria estar nessa encruzilhada. Sabe-se que é característica do direito comercial a dinâmica de suas práticas e isso dificulta a criação de regras que acompanhem tal mudança. As regras gerais de direito, portanto, não poderiam ser um problema, mas solução. Os conceitos e princípios são imprescindíveis para a correta interpretação e aplicação do direito. Mais importante que limitá-los, é difundir seu conhecimento para permitir a compreensão do todo, de como funciona a mecânica da máquina mercantil; suas engrenagens (empresários) e seu combustível (o lucro). Importantíssimo compreender que é impossível resumir em textos toda a complexidade das relações humanas. Um sistema apenas de regras engessaria o mercado, obrigando uma forma de legislar sobre todos os assuntos numa velocidade inimaginável. Os princípios não só constituem a base das normas como principalmente permitem entender a lógica do ramo do direito. Obviamente que é da união dos dois (princípios e normas) que se tem um sistema mais completo, pois não é possível proferir-se uma decisão baseada apenas na menção ao princípio, afastando-se as regras. O professor de direito constitucional e juiz federal George Marmelstein Lima (2014), comenta em seu *site* que:

Adoto aqui o modelo metafórico segundo o qual os princípios podem ser considerados como bússolas e as regras como mapas, tal como sugeriu Aroso Linhares. Como bússolas, os princípios não podem ser usados como mapas. O erro prático dos juristas brasileiros é tratar os princípios como se fossem capazes, por si só, de indicar o caminho exato a ser seguido, tal como um mapa detalhado. Na verdade, os princípios não fornecem critérios para a decisão, mas apenas os fundamentos da decisão. Para que a decisão seja principiologicamente guiada, é

preciso que o julgador assuma alguns compromissos prévios, indique quais são os valores que ele pretende promover com a sua decisão e desenvolva uma argumentação convincente capaz de demonstrar que a decisão adotada, de fato, promove aqueles valores, nunca perdendo de vista as peculiaridades do caso decidendo. Dito de outro modo: os critérios fundamentados nos princípios devem ser desenvolvidos pelo julgador a partir do problema jurídico concreto, não sendo suficiente simplesmente invocar um princípio e concluir, a partir daí, que a decisão está fundamentada.

Resgatando-se os princípios constitucionais do direito empresarial possibilita ao intérprete, mesmo num código unificado com cláusulas abertas (como a função social, boa fé), distinguir as regras aplicáveis ao direito civil e ao comercial, podendo fundamentar sua decisão com uma argumentação jurídica de qualidade, daí sua enorme importância. O “pulo do gato” para a aplicação correta do direito exige um prévio e correto domínio do que são realmente os princípios fundadores das leis e não se acha essa definição em dicionários ou na gramática. A finalidade maior do intérprete é, em suma, debruçar-se sobre os preceitos constitucionais, sopesar, afastar os subjetivismos, para que a aplicabilidade dos mesmos seja feita de forma racional visando a harmonia com as regras legais para manter a segurança jurídica. Compreender o sistema normativo e as diferenças entre os ramos do direito é imprescindível. O que assombra os jurisdicionados é a falta de fundamentação, de demonstração do raciocínio jurídico, do uso de princípios sem a devida prudência, ocasionando graves injustiças. Os princípios constitucionais existem para solidificar os direitos e garantias, não para servir de ferramenta para promover a desordem. No direito nem sempre haverá uma única resposta correta. Mas não escolher a errada já é um grande passo.

6 CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Compreendido que o direito empresarial tem seus princípios constitucionais próprios, tão importantes e não inferiores aos dos outros ramos do direito, que, mais importante que esse resgate constitucional é o domínio dos mesmos e sua correta aplicação no sopesamento entre eles, é necessário compreender as peculiaridades do ambiente em que são celebrados os contratos empresariais. Historicamente, apenas nos idos anos 1980 que os juristas encararam a relação do comerciante com o consumidor uma relação diversa do direito comercial (até então era regida pelo direito comercial), com sua lógica toda peculiar (FORGIONI, 2013). Da mesma forma, hoje é necessário compreender que a relação entre empresa e empresa tem sua lógica e peculiaridades próprias, distintas de uma relação entre patrão e empregado, de um

comerciante e um consumidor, ou das relações civis comuns. Mesmo havendo elementos coincidentes com outros contratos a relação não é a mesma, pois ambientadas em circunstâncias e objetivos próprios, então sua interpretação deverá ser diferente. *Lex non est textus sed contextus* (a lei não é texto, mas contexto). Assim, após a retomada dos fundamentos constitucionais do direito empresarial e sua correta aplicação, esse é o terceiro ponto importante para a interpretação dos contratos interempresariais.

6.1 SINGULARISMO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS

Em uma negociação entre empresários estão frente a frente dois profissionais que sabem o que estão buscando (ou têm a obrigação de saber, porque o mercado não é para amadores); há profissionalismo no ato; não há um desequilíbrio (em regra) que acarrete em disparidade de informações ou de conhecimento do que efetivamente está se contratando. Quando se trata de contratos dessa natureza pressupõe-se que eles são firmados entre iguais, entre pessoas que dominam o negócio, profissionais conhecedores da situação o suficiente para saberem o que de fato estão contratando. Aqui não há uma parte mais fraca como existe, por exemplo, nas relações de consumo. As duas partes são profissionais. E é justamente desse profissionalismo, desse conhecimento prévio das circunstâncias que envolvem o negócio, desse zelo que qualquer empresário deve ter no exercício de sua atividade, que não se admite a anulação de um negócio jurídico pelo vício da lesão advinda da inexperiência. Por outro lado, desse entendimento também decorre que as partes — em igualdade de condições¹⁶ — estão livres para estabelecerem, por exemplo, até mesmo as regras interpretativas do contrato que celebram¹⁷.

É importante diferenciá-lo do direito civil. Este se destina a estabelecer as regras gerais, comuns, entre pessoas ou destas com as coisas (patrimonial), e desde que não esteja sob o domínio de outra lei mais específica. É o direito privado comum. Dentro do direito privado há o do consumidor, o civil, o do trabalho, e, o comercial, este, regulando as relações entre empresários, com suas peculiaridades específicas, como as bem apontadas por Paula A.

¹⁶ Obviamente que nem sempre há uma igualdade de condições absoluta, mas a lei já prevê os casos de desequilíbrio por onerosidade excessiva, dentro dos critérios legais (art. 478 CC), e levando em consideração ainda as peculiaridades do ramo mercantil, que são diferentes das relações civis.

¹⁷ Tamanha é a insegurança que se tem no intérprete que o tema foi objeto de Enunciado aprovado pela plenária da 1ª Jornada de Direito Comercial. Enunciado 23: “Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual”.

⁵² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

Forgioni (2010), em seu livro *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, onde faz uma análise profunda sobre a interpretação dos contratos empresariais. Na brilhante obra, aponta as características dos envolvidos e as peculiaridades próprias desses negócios, tais como o objetivo do lucro, os custos da transação, a racionalidade limitada, os usos e costumes, as limitações atuais do *pacta sunt servanda*. Destaca que os empresários só irão negociar quando vislumbrarem a esperança de melhorarem sua situação atual. Aponta a necessidade de um sistema jurídico que possibilite a garantia do recebimento do crédito (pois estimularia as relações interempresariais); a expectativa que os negociantes têm da observação das regras que convencionaram (segurança jurídica) constitui uma ordem natural do mercado; que a falha de estratégia (o erro por firmar um mau negócio, seja por inexperiência ou falta de análise correta) deve ser encarada como absolutamente natural e até viabiliza um diferencial competitivo; que a autonomia da vontade e o respeito aos contratos é o que possibilita a existência do mercado, nele está inserido e calculado risco, e, cabe ao direito o dever de regular os excessos/abusos e preservar/proteger o mercado. Que a lei específica deve dar o equilíbrio entre a segurança/previsibilidade e a sua flexibilização para aplicação do que é lícito ou não; o respeito aos usos e costumes como fontes do direito que são nessa área; entre vários outros aspectos.

A professora Marcia Carla Pereira Ribeiro reforça esse entendimento, sintetizando que os contratos empresariais devem ser interpretados com a compreensão de que as empresas visam maximizar seus lucros (frisando muito bem que não há mal algum nisso, porque essa busca é o que move a economia e que traz o desenvolvimento econômico), agem de forma racional (conscientemente; seus eventuais erros são absolutamente naturais e esses erros não podem ser protegidos pelo Judiciário, pois faz parte das relações), num contexto de decisões sequenciais (os contratos tendem a se repetir, não são ocasionais) e num ambiente de assimetria de informações (informação verbal, RIBEIRO, 2013). É neste ambiente que o contrato deve começar a ser interpretado.

Conforme leciona Rubens Requião, o ramo do direito comercial tem uma forma que o diferencia dos outros ramos do direito, pois suas regras visam regular os negócios empresariais privados os quais buscam a produção e a circulação de bens e serviços por meio de atos exercidos profissional e habitualmente, com o objetivo de lucro (REQUIÃO, 2007).

Acerca dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, é certo afirmar que ambos ganharam abrangências diferentes do que possuíam em outros tempos,

evoluindo, em benefício social e econômico. Tanto no direito do consumidor quanto no direito civil esses princípios foram relativizados, mais naquele do que neste. Já no direito comercial, pelos sujeitos envolvidos (profissionais), esses princípios ainda têm grande peso. A autonomia privada nada mais é do que a livre vontade de contratar nas condições que deseja. No direito comercial é ela a fonte maior dos negócios jurídicos e da circulação de riquezas, por isso sua enorme relevância. O *pacta sunt servanda* advém dessa livre vontade, e tem como ideia a observação das regras estabelecidas livremente pelas partes. O *pacta sunt servanda* é uma lógica do sistema na relação entre empresas; estas têm plena autonomia de vontade nas suas relações com outras empresas. Só se vinculam se houver vontade, e esta vontade deve ser mais respeitada do que em outros ramos do direito. Obviamente, essa autonomia privada e a força obrigatória dos contratos têm suas limitações na lei. As limitações desses princípios devem ser analisadas no contexto de cada caso concreto, dentro da lógica do direito comercial e mediante esses vetores que são objeto deste trabalho.

Os usos e costumes também têm sua inegável importância na análise das relações comerciais. Nem sempre o contrato é claro e a forma com que agem as partes e os costumes de relações similares dá o correto caminho para a sua interpretação. Nas relações mercantis é comum, inclusive, haver contrato verbal, e isso não é empecilho para o bom funcionamento do mercado. A forma como é interpretado o contrato pode ser diferente variando até com o local onde foi celebrado. O comportamento das partes na execução da avença também é indicativo relevante na análise do acordo, já que demonstra qual a vontade real dos contratantes, que muitas não é mais a mesma daquela que estabeleceram por escrito, ou, que se alterou com o decorrer do tempo¹⁸.

O que se quer demonstrar aqui é que o conhecimento desses detalhes, desse modo de agir, dos particularismos desse mundo empresarial devem ser dominados pelo intérprete e não confundidos com outras realidades existentes em outras áreas, mas inaplicáveis neste campo.

6.2 A RACIONALIDADE PRIVILEGIADA E O DOMÍNIO DO ATO

Todas essas peculiaridades do direito comercial podem ser resumidas no termo “domínio do ato”. O empresário é um profissional que tem plena capacidade e consciência

¹⁸ Aqui entram os exemplos do *venire contra factum proprium* (vedação ao comportamento contraditório), da *supressio* (sujeito que no contrato não exerce seu direito durante certo lapso de tempo), da *surrectio* (o surgimento de uma nova regra em decorrência da prática continuada das partes).

⁵⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

dos atos que pratica, principalmente dos que envolvem interesses financeiros. É assim que ele deve ser tratado pelo intérprete, como um profissional competente e preparado, e não como um amador que necessita de interpretações favoráveis para corrigir supostas imprudências. O profissional tem controle dos atos que realiza porque tem absoluta consciência da dimensão do fazer e deixar de fazer em sua atividade. No mundo comercial esse agente econômico é preparado para exercer sua profissão. Antes da celebração de qualquer contrato empresarial é óbvio que as duas partes realizam um estudo minucioso de necessidade, do lucro, dos custos, levam-se em conta os riscos, eventuais erros, a competitividade, estão também cientes da existência de que haverá uma certa assimetria de informação¹⁹, etc. Tudo isso é um dever inerente à atividade que exerce o empresário. Aqui há uma “racionalidade privilegiada” do empresário; não é um leigo, o que não lhe permite, em regra, a escusa de uma alegação de desconhecimento das consequências de um contrato, porque ele têm a competência profissional que lhe garante o domínio completo do ato a ser celebrado. Lembrando ainda que as relações interempresariais normalmente envolve grandes valores e o empresário, por isso mesmo, não negocia por impulso, o faz com absoluta análise criteriosa. Com este controle advindo dessa “racionalidade privilegiada” que o caracteriza como um hábil profissional, diferenciando-o de um aventureiro ou de um consumidor hipossuficiente, proporciona ao empresário o pleno “domínio do ato” de contratar. Logo, é neste cenário que o contrato deve ser apreciado: com um rigor maior na análise da conduta que deve ser exigida deste profissional (como é exigida de qualquer outro).

Essa exigência mais rigorosa é benéfica não só ao mercado como à sociedade. Isso porque conduta do mau empresário (o amador), seja por ignorância ou má-fé (não importa), não atinge apenas os contratos interempresariais que não cumpre, mas também ele age contrariamente aos direitos dos consumidores, de seus funcionários como também contra o Estado (sonegação de impostos). Daí se conclui, numa análise econômica, que o não profissional, ainda que aja de boa-fé, acarreta prejuízos a uma infinidade de pessoas e é interessante que deva ser afastado do mercado e não protegido pelo Judiciário (com a correção de seus erros). Nos negócios entre empresários, portanto, há que se ter um rigor maior na análise dos deveres de conduta dos agentes, pela sua característica pessoal. Isso valoriza o bom empresário e faz uma espécie de “seleção natural” para o mercado, mantendo-

¹⁹ O empresário sabe que nem sempre (ou quase nunca) terá conhecimento de tudo que envolverá o negócio. Daí procura estar mais atento, cauteloso e obter o máximo possível de informações a respeito. Obviamente que a assimetria de informação no que diz respeito à omissão ardilosa é comportamento ilícito.

se apenas aqueles que agem conforme as regras do direito, propiciando uma segurança e previsibilidade.

É nesse sentido a crítica ao intervencionismo do Estado. Sabe-se que no Brasil há uma cultura enraizada de que o Estado tem um “pátrio poder divino” que o “obriga” a intervir em tudo sob qualquer fundamento. A sociedade tem essa ideia, mas não pode o Judiciário aceitar essas pressões, alterando-se injustamente a intenção das partes em determinadas relações. O direito não pode proteger atos de aventureiros e amadores, porque não tutela a negligência, imprudência e imperícia. Exemplificando, o médico (também profissional) responderá por sua eventual negligência porque deve agir conforme os conhecimentos que domina, então, há de se perguntar, porque o empresário — que também é profissional e domina seu ofício — deveria ser tratado de forma diversa?

Na análise de um contrato empresarial, a fim de facilitar a aplicação (ou não) das regras e princípios, é de fundamental importância o intérprete considerar que as partes têm o domínio do ato que praticam, por suas características especiais. Este domínio, então, refere-se à qualidade do empresário, profissional hábil, que está preparado para negociar, que tem noção das variantes econômicas e ciência dos diversos níveis de assimetrias de informações que podem existir, de que calculou muito bem tanto a possibilidade de lucro como os riscos advindos do negócio, que tem plena consciência de que pode errar; o empresário tem compreensão de todo esse contexto que o cerca.

6.3 A IMPORTÂNCIA DO CONTEXTO

Como já explicado, tão relevante quanto a capacidade do agente econômico, o contexto em que essas relações surgem são fundamentais para a compreensão das relações mercantis. A figura do empresário e o campo onde atua dão a amarração da lógica do funcionamento do direito comercial, e esta compreensão é obrigatória ao analista dos contratos empresariais.

O mercado é fervilhante. São milhares de celebrações de contratos diários no país. A competitividade reclama uma agilidade do empresário diferente da que ocorre em outras áreas do direito. Entre interesse e fechamento de negócios, muitas vezes passam-se apenas horas, justamente pela inteligência, capacidade e habitualidade dos comerciantes. As circunstâncias negociais são comumente baseadas nos costumes, na boa fé e na confiança de que a outra parte cumprirá sua obrigação. É comum o contrato verbal, inclusive, envolvendo grandes

⁵⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

valores. Tudo isso é completamente diferente da realidade das relações do homem comum. Há uma lógica toda especial nessas relações que deve ser considerada pelo intérprete.

7 CONFLITOS: AS INCIDÊNCIAS DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL, DA BOA FÉ E DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Na área mercantil, milhares de contratos, escritos ou verbais, são celebrados diariamente. Desses milhares de contratos diários apenas uma ínfima parte chega a ser discutida judicialmente. Ou seja, a vontade dos contratantes tem prevalecido na sua grande maioria, resolvendo suas diferenças. É a demonstração prática pelos comerciantes do senso de liberdade do ser humano, que o respeito às cláusulas contratuais é a regra, não a exceção. É nada mais que o exercício do primado constitucional da livre iniciativa. A lei, no entanto, na sua obrigação de regular as relações para preservar o mercado dos seus excessos e abusos, prevê algumas limitações.

Juntamente com a função social, a boa fé é norma de ordem pública e visa a construção de uma sociedade mais justa. Nada mais nobre. A boa fé (art. 422 CC) prega a ética (lealdade) nas relações contratuais e a função social visa solidariedade. Pode-se dizer que a boa fé não deixa de ser uma espécie de limitador da autonomia da vontade, embora este princípio nunca tenha sido confundido com a liberdade de ser desonesto; a lealdade sempre foi uma “exigência” nos contratos desde os tempos remotos, num âmbito moral. No direito comercial essa confiança oriunda da boa fé significa fomento às relações mercantis, ou seja, tem uma importância ímpar. Cabe destacar mais uma vez que neste ramo do direito os agentes têm suas características próprias como negociantes profissionais de uma atividade econômica organizada, não podendo ser considerados semelhantes às pessoas que estão sob a égide do direito civil; são realidades completamente diferentes. Como profissionais que são, suas capacidades e deveres de diligência deverão ser mais rigorosamente exigidos. O objetivo é evitar a interferência externa ao contrato alegando-se ausência de boa fé, em situações em que existiu, na verdade, imprudência ou despreparo daquele que se diz prejudicado. A boa fé numa relação mercantil seria, em síntese, a obrigação dos contraentes em não utilizar o contrato como um instrumento de práticas abusivas, agindo com lealdade a fim de se atingir a segurança e previsibilidade nas relações. A amplitude do conceito de boa fé obriga ao intérprete a tomar um extremo cuidado, atentando-se mais às características do agente nessas relações interempresariais do que propriamente apenas o conceito geral do princípio.

A função social no direito empresarial já passa a ser algo mais controvertido. Norma de ordem pública é outro pilar do direito obrigacional, tem seu fundamento na Constituição Federal em vários artigos. É inegável a aplicação desse princípio da função social no âmbito

do direito comercial²⁰. Partindo do entendimento de que o interesse primário em qualquer contrato resume-se na vontade privada dos envolvidos, falar em função social de um contrato soa um tanto quanto estranho, mas não é. A função social da empresa é o seu próprio funcionamento, a sua atividade lícita, a circulação de bens e serviços porque tudo isso gera riqueza (empregos, arrecadação de impostos, desenvolvimento, o retorno à sociedade em obras sociais). Em um contrato empresarial, portanto, o dever de cumprir a função social está no resultado do negócio, qual seja, a circulação de riquezas. Certamente essa é a maior função social que um contrato pode propiciar. A professora Tereza Ancona Lopez²¹, além deste dever, aponta também um segundo, “de cunho negativo, constitui-se numa obrigação geral de não fazer, isto é, os contratantes estão obrigados a não prejudicar os interesses extracontratuais de terceiros ou da coletividade”, respaldando o Enunciado 26 da 1ª Jornada de Direito Empresarial²².

O princípio do equilíbrio contratual tem sua razão de existir, não apenas no aspecto de justiça, mas para evitar danos também a terceiros. Isso porque, ocorrendo verdadeiramente situações como as previstas em lei, de quebra do equilíbrio entre as partes, ocorrerá insolvência, prejuízo a ambos os lados, dependendo da situação reflexos a fornecedores, trabalhadores e consumidores, ou, em casos extremos a descontinuidade da empresa. Por outro lado, o emprego do revisionismo sem qualquer critério rigoroso de análise no âmbito dos negócios empresariais acarreta, senão igual, um prejuízo maior ainda ao mercado, pois propaga a insegurança nas relações mercantis, acarretando uma retração nos negócios, pois as partes não terão certeza de que as regras que estabeleceram serão cumpridas. Em tese, o desequilíbrio contratual pode ocorrer no momento da celebração (estado de perigo ou lesão) ou na execução (onerosidade excessiva). Preenchidos certos requisitos e conforme a situação poderá haver a resolução do contrato, revisão ou anulação²³. O princípio do equilíbrio contratual é um freio ao *pacta sunt servanda*; advém da evolução do próprio direito já que a lei veda o enriquecimento sem causa e o abuso. O problema é a aplicação deste princípio nas

²⁰ 1ª Jornada de Direito Comercial. Enunciado 29. “Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

²¹ LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios contratuais. In: *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Wanderley Fernandes, coordenador. Série GVlaw. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.

²² 1ª Jornada de Direito Comercial. Enunciado 26: “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”.

²³ São inúmeras as variantes, mas objetivo aqui é a interpretação de uma forma geral apenas.

relações entre comerciantes. Raras são as hipóteses em que um dos contratantes pode alegar um estado de perigo, lesão ou acontecimentos extraordinários e imprevisíveis por exemplo. Por se tratar de profissionais, reduzem essas possibilidades ao mínimo. O que ocorre em muitos casos é a tentativa de se corrigir erros de planejamento²⁴ (revisando contratos ou extinguindo-os). E o erro não é requisito para se alterar um contrato. O erro é parte até corriqueira nas relações comerciais diante das “apostas” frente aos riscos que o empresário conscientemente assume, visando um maior lucro. Às vezes ganha muito, às vezes perde. É calculado. Quando o judiciário acata fundamentação precária que tenta encobrir esse erro pratica um assistencialismo jurídico que causa um abalo muito grande nas relações mercantis, já que o mercado agirá com muito mais cautela ou não negociará já que não haverá certeza de que a outra parte irá cumprir o acordado ou irá para a Justiça pedir a revisão daquilo que se obrigou. Novamente, a análise criteriosa se impõe; não basta apenas a ocorrência da lesão, onerosidade, etc., e dos requisitos legais, tudo deve ser apreciado dentro das perspectivas da lógica empresarial.

Não é pelo fato de haver equívocos na formulação dos contratos (frutos da própria racionalidade limitada do sujeito contratante) ou previsões erradas acerca do retorno que se conseguirá no negócio, que os contratos empresariais devem ser necessariamente relativizados pelo poder judiciário. (ALVES, 2012)

Dependendo do grau do prejuízo, a empresa pode ser conduzida à irremediável falência, o que contraria o princípio da preservação da empresa. É indiscutível também que a frouxidão para recepcionar os pedidos de revisão de contrato causa um problema econômico enorme ao mercado, quebrando a ordem natural de seu funcionamento (afastando a segurança e previsibilidade). Portanto, o princípio do equilíbrio econômico deve estar em consonância com o princípio da livre iniciativa, e, para tanto, na análise do caso concreto, o intérprete deve considerar o contexto da celebração do instrumento e a capacidade de domínio do ato contratual pelos seus agentes, como discorrido acima, sob pena de, ao se aplicar os textos legais do referido princípio, desequilibrar o mercado. Com esses parâmetros²⁵, é possível fazer a análise com maior precisão, para a aplicação ou não do princípio da onerosidade.

²⁴ Erro de qualquer natureza: de perspectiva de lucro, de cálculo dos riscos, na elaboração do contrato, na análise da competição, da economia, etc.

²⁵ Nesse sentido, o Enunciado 25 da 1ª Jornada de Direito Comercial: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

⁶⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

8 CONCLUSÃO

Os contratos interempresariais são extremamente dinâmicos, muitas vezes de vanguarda e o direito obviamente não acompanha com a mesma velocidade; isso é natural. Mas não por isso que os princípios constitucionais norteadores do direito empresarial estejam enfraquecidos. Muito pelo contrário: justamente pela dinamicidade característica desse ramo do direito é que seus princípios ganham importância ainda maior, pois o princípio jurídico é a origem de todo o sistema, “eles possuem a força que permeia todo o campo sob seu alcance”(BASTOS, 2000, p; 57) e são através destes paradigmas que a norma se concretiza.

Como não é incomum a ausência lei escrita para a resposta um peculiar questionamento oriundo de uma relação contratual, essa lacuna legal, portanto, será perfeitamente preenchida pelos princípios, outra justificativa para o resgate dos princípios constitucionais e comerciais.

Ocorre que, na sistemática que se encontra o ordenamento jurídico brasileiro, são apenas sutis as diferenças entre os sistemas civil e empresarial, o que torna difícil e árdua função do magistrado principalmente porque reunidos num mesmo código que tem tendência ao dirigismo contratual. Há uma regra geral civil, com detalhes empresariais. A unificação trazida pelo Código Civil de 2002, com sua necessária preocupação em proteger a parte mais fraca, dificilmente conseguiria distinguir as medidas protetivas civis dos conceitos peculiares mercantis, absolutamente distintos. Ao adotar um sistema que concentra as mais diversas relações, não era a intenção, mas dificultou ao intérprete (pouco preparado) a distinção dos conceitos diversos aos dois ramos do direito previstos no código. Somado a essa dificuldade, o fortalecimento dos princípios dos outros ramos do direito se consolidando nos últimos anos na jurisprudência, mais o enfraquecimento dos princípios constitucionais da matéria comercial e ainda a falta de preocupação em se delimitar as áreas socioeconômicas de atuação de cada campo do direito, ocasionou uma enorme insegurança no campo empresarial.

O cenário atual do sistema jurídico demonstra ser insuficiente para corresponder aos anseios da classe e compreender a grande amplitude do direito empresarial, de constante mutação. O intérprete hoje necessita de um conhecimento especializado da matéria e uma grande sensibilidade para conseguir extrair de um sistema unificado as normas aplicáveis e ainda sanar as lacunas que podem surgir nessas relações jurídicas peculiares. Compreender que não se pode ver o contrato de uma forma estática e sim de uma forma dinâmica, como um

processo; que ele não é um contrato simples como o de compra e venda, ou de prestação e contraprestação simples. Nas relações interempresariais o que o intérprete deve ter consigo muito claro é (i) que o agente é um profissional com pleno domínio do que realiza, (ii) que o contexto em que os contratos são celebrados tem suas regras e costumes próprios, uma lógica própria; que, portanto, o processo de negociação, contratação e execução são diferentes dos contratos civis. Então, quando o intérprete percebe que o direito empresarial tem essas (e outras) características únicas é um “descortinar” que o deixa muito mais seguro para analisar o instrumento.

Concluindo, o mercado hoje se encontra desamparado, ao experimentar revisões de contratos sem o menor pudor. O contraente libera-se de suas obrigações apenas porque a operação não lhe trouxe o lucro que imaginava. O revisionismo virou regra, quando, neste campo deveria justamente ocorrer o contrário. O resgate dos princípios do direito empresarial, em especial os constitucionais, com a verticalização interpretativa dos contratos empresariais, respeitando seus limites, é o passo inicial para compreender melhor um instituto fundamental do funcionamento do mercado, do fluxo das relações econômicas, da circulação de riquezas e do conseqüente desenvolvimento econômico e social da nação (observando, assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana).

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista CEJ**, v.3, n.9 set./dez. 1999. Texto baseado nas notas taquigráficas da palestra proferida no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil brasileiro, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de abril de 1999, em Porto Alegre/RS. Revisado pelo autor. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/236/398>> Acesso em: 21 mar. 2014.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues [Visconde de Cairu]. **Da necessária superação paradigmática na interpretação dos contratos empresariais e da importância do resgate dos princípios no direito empresarial**. 2012. 60 f. Dissertação (Prêmio Mario e Inah Barros Para o Desenvolvimento do Direito Empresarial Brasileiro). Salvador, 2012.

ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

-
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57.
- CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.
- FORGIONI, Paula A. In: **Evento do Curso LLM em Direito Empresarial Aplicado, Famec/Faculdades da Indústria**, Curitiba. Em 14 jun. 2013.
- FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GONÇALVES, Oksandro. In: **Palestra de encerramento do Curso LLM em Direito Empresarial Aplicado, Famec/Faculdades da Indústria**. Curitiba. Em 06 dez. 2013.
- LIMA, George Marmelstein. **A Gênese da Katchanga: uma resposta a Lênio Streck**. Disponível em: < <http://direitosfundamentais.net/2012/02/13/a-genese-da-katchanga-uma-resposta-a-lenio-streck/>> Acesso em 21 mar. 2014.
- LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios contratuais. In: **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. Wanderley Fernandes, coordenador. Série GVlaw. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. In: **Caderno Direito GV** v. 1, nº. 6. Julho 2005. José Rodrigo Rodriguez (coordenador). São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas. ISSN 1808-6780. Bimestral. Disponível em < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2807/Caderno_206.pdf?sequence=1> Acesso em: 18 Mar. 2014.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1983. t. 2.
- REALE, Miguel. I Simpósio OAB-SP E FGV-EDESP Sobre Direito Empresarial e o Novo Código Civil, realizada no período de 18 a 22 de agosto de 2003. In: **Caderno Direito GV** v. 1, nº. 6. Julho 2005. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas. ISSN 1808-6780. Bimestral.
- REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2 vols.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. In: **Palestra de encerramento do Curso LLM em Direito Empresarial Aplicado, Famec/Faculdades da Indústria**, Curitiba. Em 06 dez. 2013
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639).
- STRECK, Lenio Luiz. Jurista vê erro na interpretação de teorias estrangeiras. **Conjur**. 7 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-07/professor-erro-interpretacao-teorias-estrangeiras-gerou-caos>> Acesso em 21 mar. 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 9, out./dez. 2005