

## **UC Berkeley**

### **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**

#### **Title**

O Tratamento do Poder Econômico nos Contratos Empresariais: conspectos e novas realidades para a doutrina jurídica brasileira

#### **Permalink**

<https://escholarship.org/uc/item/8dm5x534>

#### **Authors**

de Oliveira Mattosinho, Daniel Lemos  
Carlotti, Danilo Panzeri

#### **Publication Date**

2012-06-01

Peer reviewed

## **O Tratamento do Poder Econômico nos Contratos Empresariais: conspectos e novas realidades para a doutrina jurídica brasileira**

“Handling the Economic Power on Business Contracts:  
conspectuses and new realities to the Brazilian Law Doctrine”

**Daniel Lemos de Oliveira Mattosinho<sup>1</sup>**

**Danilo Panzeri Carlotti<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo verificar a evolução do tratamento dispensado aos contratos empresariais a partir da doutrina jurídica brasileira. Para tanto, tentou-se, inicialmente, realizar um esboço da relação existente entre o poder econômico e o Direito, buscando-se qualificar juridicamente o poder econômico e identificar de quais formas o poder econômico exerce influência sobre o Direito. Isto posto, passa-se a verificar qual o tratamento dado pela doutrina àqueles que foram chamados “princípios tradicionais do direito contratual”, quais sejam, o princípio da liberdade, da autonomia da vontade e da igualdade, com intuito de demonstrar que, embora tais princípios tenham sido tradicionalmente tratados de modo estritamente jurídico – talvez como uma consequência de um positivismo jurídico exacerbado –, os mesmos apresentam reflexos e relações com outras áreas do conhecimento, inclusive, no caso, como fundantes e condicionantes do poder econômico. Com efeito, tendo em vista, de um lado as modificações das práticas empresariais ao longo do séc. XX e já no séc. XXI, e de outro lado o advento do Código Civil de 2002, o artigo identifica consideráveis transformações no tratamento dado pela doutrina jurídica aos contratos empresariais, a qual, além de fazer novas leituras dos princípios da autonomia privada (ou da vontade) e da igualdade contratual, passa a delimitar os conteúdos e os contornos dos princípios da boa-fé e da função social do contrato no contexto daqueles contratos. Assim, o artigo procura verificar a maneira pela qual a atual doutrina jurídica aplica os princípios supramencionados a novas situações inerentes aos contratos empresariais – no caso, a dependência econômica e a implementação do risco no contrato –, buscando, sinteticamente, especificar parâmetros de violação de tais princípios nas situações assinaladas. Por fim, conclui-se que a atual compreensão dos princípios contratuais contemporâneos pelo direito empresarial não pode estar dissociada das funções econômicas que tais contratos desempenham no contexto dos mercados, cujo bom e correto funcionamento é intrínseco ao exercício regular do poder econômico dos agentes que neles se encontram.

Palavras-chave: Poder econômico. Contratos empresariais. Doutrina jurídica brasileira.

<sup>1</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca. Bolsista CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa “Investimento, Tecnologia e Desenvolvimento Empresarial”, cadastrado junto ao CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, <<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=0330601HQ2BJS4>>. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca. Endereço: Rua Madre Rita nº 1371, Jardim São Vicente, Franca-SP, Brasil, CEP 14400-270. Telefone: 55 (16) 9203-0373.

<sup>2</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Endereço: Rua Bagé nº 20, Apartamento 31, Vila Mariana, São Paulo-SP, Brasil, CEP 04012-140. Telefone: 55 (11) 8383 4781.

## **ABSTRACT**

The following article aims to verify the evolution of the treatment given to business contracts from the Brazilian law doctrine. Therefore, firstly it was tried to make a sketch of the relation between the economic power and the Law, searching to juridically qualify the economic power and to identify on which ways the economic power develops influence over the Law. Thus, it passes on verifying the treatment given by the doctrine to the so called “traditional principles of contract law”, namely the principles of liberty, free will and equality, aiming to demonstrate that, even though such principles have been traditionally treated on a strictly juridical basis – perhaps as a consequence of a exacerbated juridical positivism –, they present reflexes and relations with other knowledge areas, including, in instance, those who found and give conditions to the economic power. However, since, on one side, the modifications on the business practices through the 20th century and yet on the 21th century, and, on the other side, the advent of the Brazilian 2002 Civil Code, the article identifies considerable transformations on the treatment given by the juridical doctrine over business contracts, which, besides doing new perusals over the principals of free will and contractual equality, starts delimitating the contents and shapes of the principles of good-faith and social function of the contract on the context of such type of contracts. Thus, the article seeks to verify the way on which the current juridical doctrine applies the principles mentioned above to new situations that are inherent to business contracts – in case, the economic dependence and risk implementation in the contract –, searching, synthetically, to specify parameters of violation of such principles on the pointed situations. Finally, it concludes that the current comprehension of the contemporary contractual principles cannot be dissociated of the economic functions that such contracts develop on markets contexts, whose good and correct functioning is intrinsic to the regular exercise of the economic power by the agents that are located on those markets.

Keywords: Economic power. Business contracts. Brazilian juridical doctrine.

## **INTRODUÇÃO**

O enfoque do presente artigo é tentar apresentar algumas considerações acerca da doutrina jurídica brasileira, tendo em vista os contratos empresariais, a respeito do poder econômico e como este influencia ou é significativo juridicamente.

O artigo foi estruturado de tal forma que buscamos abordar aspectos tradicionais de nossa doutrina jurídica, passando em seguida a desafios contemporâneos deste ramo dogmático da ciência do Direito que identificamos, em um primeiro momento, como direito comercial e, contemporaneamente, como direito empresarial.

Um dos grandes marcos desta transição no Brasil foi a suposta unificação do Direito Privado com o Código Civil de 2002. Neste diploma normativo efetuou-se uma regulação de todo o Direito Privado, ou ao menos uma tentativa de tanto. A grande novidade que nos afeta diretamente foi a inclusão de vários temas fundamentais para o Direito Comercial sob a égide do “Direito Empresarial”.

A regulação do Código Comercial elaborada no século XIX baseava-se nos conhecidos atos de comércio. Nesta época o foco da regulação jurídica se dava no intercâmbio entre os

agentes privados. Para retratar a relação do poder econômico com esta realidade nos valem de considerações da doutrina acerca de valores liberais e considerações acerca do sujeito de direito.

As transações comerciais se davam entre indivíduos considerados em sua singularidade. Nesta época os valores de propriedade e liberdade se somavam para garantir esta atividade econômica dos comerciantes. Este foi o fator fundamental que orientou a organização inicial do presente artigo.

No século XX consolidou-se na doutrina brasileira a empresa enquanto um instituto jurídico fundamental. Este instituto foi fundamental nesta época para a doutrina jurídica européia e para a nossa, na medida em que incorporamos tal conceito, inclusive, no Código Civil de 2002, cuja elaboração iniciou-se no final da década de 1960.

Nos terceiro e quarto itens deste artigo tentamos trazer questionamentos atuais enfrentados pela doutrina do direito empresarial tendo em vista a problemática do poder econômico.

Não temos a pretensão neste singelo artigo de esgotar toda a matéria na doutrina brasileira, mas somente indicar as principais tendências que identificamos em doutrinadores clássicos do século XX e de trabalhos contemporâneos.

## **1 Dogmática jurídica e poder econômico**

A doutrina brasileira que aborda questões do Direito Comercial pouco se deteve ao poder econômico enquanto elemento de análise nos contratos comerciais. Os ensinamentos clássicos de nossa doutrina voltavam-se à descrição dos contornos e conteúdos dos contratos comerciais, ou seja, preocupam-se exclusivamente com aspectos de relação jurídica como o elemento volitivo, a formação e a extinção do vínculo jurídico, sem se preocupar com aspectos econômicos que permeiam e até fundamentam esta relação.

Prevalece na cultura econômica uma análise estratégica, em que as partes estão, através do contrato <sup>3</sup>, estabelecendo as condições para a cooperação mútua entre elas. Este não

---

<sup>3</sup> É interessante observar como considerações desta natureza foram relegadas à ciência econômica. Em um trabalho, Paulo Furquim Azevedo, economista, expõe esta preocupação da economia: “A primeira questão que se abre para um economista é porque um acordo, algo de interesse mútuo das partes, precisa se transformar em uma transferência de direitos e no estabelecimento de deveres. Um contrato, ao criar deveres, limita as possibilidades de ação das partes. [...] A pergunta central é, portanto, qual é o interesse das partes em restringir suas possibilidades de ação?” (AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Contratos. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 115).

é o enfoque jurídico tradicional que, no contrato, vê um produto do dever-ser, um conjunto de normas capazes de acionarem a máquina estatal e seu potencial sancionatório em caso de descumprimento.

Acreditamos que esta lacuna na doutrina deve-se exatamente ao tratamento das questões jurídicas a partir de uma visão positivista do Direito <sup>4</sup>, herança do século XIX, inclusive época de elaboração de nosso Código Comercial, e ainda característica marcante da dogmática jurídica contemporânea.<sup>5</sup>

A dogmática jurídica contemporânea, preocupada precipuamente com a decidibilidade dos conflitos a partir de critérios positivados, não busca fundamentos e conceituações externas ao Sistema Social do Direito para os problemas aos quais oferece respostas.

Isto decorre a partir de duas razões principais.

A primeira delas é que o Direito utiliza uma linguagem técnica, criada pelos próprios juristas, diferenciada da linguagem utilizada pelas outras ciências. Esta linguagem trabalha com conceitos que sejam formulados pela ciência jurídica ou ao menos que estejam incorporados ao seu vocabulário por corresponderem a elementos característicos ou peculiares ao Direito.

A segunda razão é o isolamento intencional do Direito de outras ciências e de outros tipos de consideração, como as de natureza política, sociológica ou mesmo econômicas. O maior representante desta pureza conceitual, no início do século XX, foi sem dúvida Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito.<sup>6</sup> Note-se que os países de tradição do “civil Law” ainda guardam semelhança ou correspondência com os postulados formulados por Kelsen.

Esta especialização é um entrave para que a dogmática trabalhe com conceitos como o de “poder econômico”, já que se referem à Economia ou a fatos analisados precipuamente pela Economia. Entretanto, isto não significa que a dogmática jurídica é incapaz de lidar com o problema do Poder Econômico. Há uma sutil diferença em lidar com o problema nomeando-o de “poder econômico” ou através de um arcabouço conceitual característico da própria ciência do Direito.

---

<sup>4</sup> Esta postura da dogmática jurídica brasileira pode ser encontrada, por exemplo, na seguinte obra: “Temos dito mais de uma vez que o plano deste Tratado é modestíssimo, expor o direito comercial brasileiro, mostrando a sua tradição e as transformações por que tem passado de 1850, data da publicação do Código, até hoje”. (MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito commercial brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1939. v. 6. l. 4. p. 481).

<sup>5</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>6</sup> Nesta obra, a questão da linguagem não aparece de forma explícita. No entanto, as considerações do doutrinador nos permitem compreender que ele trabalha com as normas enquanto linguagem privilegiando as relações de sintaxe entre os signos linguísticos. A estruturação do ordenamento jurídico, conceito elaborado posteriormente, em critérios de validade é o grande instrumento ou a forma pela qual consegue Kelsen isolar o Direito de outras ciências e de influências “externas”, como aquelas da economia, política, entre outras. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995).

Definimos preliminarmente o que seria o poder econômico a partir da obra de Modesto Carvalhosa:

Para aquêle (sic.) Autor (HOUSSIAUX), poder econômico é a possibilidade que tem uma empresa de tomar posição econômica independente, dentro de certos limites circunstanciais de tempo e espaço. [...] Caracteriza-se, assim, o poder econômico pela capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais do mercado. Titular de poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais do mercado.<sup>7</sup>

Notamos aqui a análise do Poder econômico a partir de alguns elementos essenciais que ainda se manterão como lugares-comuns para a análise deste poder na contemporaneidade.

A primeira característica marcante desta doutrina é a associação do poder econômico com a independência ou autonomia da empresa. Isto é fundamental, compreender como o poder econômico está associado ao conceito jurídico de liberdade.

A liberdade tem como fundamento, como discutiremos a seguir, a possibilidade de tomada de decisão segundo possibilidades que se apresentam para o agente. Assim, sem um leque de possibilidades e sem a capacidade de escolher entre essas possibilidades, não é possível dizer que o indivíduo é realmente livre. Estas possibilidades e a capacidade de decidir entre elas tem como pressuposto, no contexto das relações econômicas, o próprio poder econômico.

O conceito de liberdade também é complementado pela garantia de autonomia. Isto se mostra na medida em que o indivíduo não se sente dependente ou obrigado a seguir qualquer tipo de deveres ou obrigações estabelecidas externamente a ele. Esta liberdade, enquanto independência, só é possível, no âmbito das relações empresariais, a partir do poder econômico.

Como forma de complementação a esta obra de um doutrinador clássico do Direito Comercial brasileiro, valeremo-nos de uma obra contemporânea da doutrina brasileira que, por ser interdisciplinar na composição de seus autores, nos oferece pontos de vista atuais e variados a respeito da noção de poder econômico. Esta obra<sup>8</sup> foi fruto de um seminário que

---

<sup>7</sup> CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Poder econômico – a fenomenologia**: seu disciplinamento jurídico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967. p. 2.

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio. **Poder econômico**. Barueri: Manole, 2009.

reuniu professores, como Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, Professor Calixto Salomão Filho, Professor Fábio Nusdeo, entre outros professores e figuras proeminentes da sociedade.

Parte considerável da obra traz enfoques que serviriam para uma pesquisa de macroeconomia, como considerações a respeito da violência e corrupção e a possível relação a ser estabelecida entre estes fatores e o exercício do poder econômico. Assim, escolhemos como paradigma de análise as considerações feitas no primeiro encontro deste seminário que teve como tema o seguinte: *Poder econômico – o jogo e as regras*.

As considerações neste momento do Professor Fábio Nusdeo não abordaram nosso tema de maneira direta, então passaremos às considerações de Raymundo Magliano, ex-presidente da Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (Bovespa).

Raymundo Magliano, ao abordar transformações na Bolsa de Valores cuja implementação foi idealizada conjuntamente por ele, ressalta a importância da informação nos mercados de capitais como requisito do acesso a estes mercados.<sup>9</sup>

Temos aqui um aspecto importante do poder econômico, qual seja, a posse de informações ou a capacidade de obtê-las. A informação é um dado imprescindível da formação e execução de contratos. Inclusive, há teorias, por exemplo, na tradição de “Law and Economics”, que se dedicam a estudar exatamente a assimetria de informações e seus efeitos nas ações dos agentes privados.

O diagnóstico feito pelo administrador e ex-presidente da Bovespa é de que a falta de informação impedia o acesso a estes mercados, diminuindo significativamente as trocas comerciais. Como ele próprio se recorda: “Há oito anos, na época em que assumimos a Bolsa, o pregão registrava de 20 a 30 mil negócios por dia. Em 2007, esse número saltou para cerca de 150 mil”.<sup>10</sup>

A informação neste caso seria como um capital inicial necessário para operar neste mercado altamente técnico e especializado. Além disso, a informação seria um requisito do sucesso deste mercado na medida em que, segundo Raymundo Magliano: “E do que vive o mercado de capitais? De credibilidade”.<sup>11</sup>

Outra mudança significativa relatada na Bovespa para o incremento das trocas comerciais que, ressalte-se, ocorrem através de contratos, foi a garantia do exercício do poder

---

<sup>9</sup> “As mulheres não participavam, pois, naquela época, isso era impossível. Víamos ainda que nem os trabalhadores nem as pessoas comuns participavam do mercado. Só a elite operava. Esse foi o cenário que encontramos quando entramos na Bolsa. [...] A primeira medida tomada foi a criação de um cargo conhecido como ombudsman de mercado.” Ibid., p. 11.

<sup>10</sup> Ibid. p. 12.

<sup>11</sup> Idem.

por todos os agentes. Falamos aqui do Novo Mercado<sup>12</sup>, que prevê, entre outras regras, a obrigatoriedade de emissão exclusiva de ações ordinárias da empresa.

Vemos aqui um fator importante da relação entre poder econômico e contratos empresariais, a necessidade de diluição do Poder para que haja cooperação. Como requisito para o sucesso deste “Novo Mercado”, temos a diluição do poder entre acionistas ou, ao menos, uma potencialidade de diluição, garantida pelo próprio exercício do poder econômico daqueles capazes de adquirirem uma quantidade significativa de ações.

Certo equilíbrio do poder das partes é necessário para a constituição de contratos. Vimos a importância, para a doutrina comercial tradicional e contemporânea, da liberdade na formação dos contratos. Podemos constatar agora a necessidade de equilibrar as forças dos agentes privados como requisito para a formação de contratos. Isto se deve ao fato de que, como produto da vontade, o contrato pressupõe o exercício da liberdade, da cooperação entre as partes. Em situações em que as partes sejam muito desiguais a cooperação é inibida, como nos mostra o depoimento pessoal de um administrador e presidente de uma das maiores Bolsas de Valores do Brasil.

Passamos a seguir a considerar as colocações do Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior a respeito do Poder Econômico feitas nesta obra. A primeira delas diz respeito à visão que o Professor tem a respeito da relação do poder econômico com o Direito. Segundo este Professor, este tipo de poder é uma situação de fato reconhecida que deve ser regulada para que possa ser controlada.<sup>13</sup> A ideia central aqui seria a tolerância do Direito em relação a esta situação.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> “O segundo conceito filosófico praticado em nossa Bolsa diz respeito ao Novo Mercado. [...] Mesmo não tendo sido criado por lei, ele constitui, na prática, uma “legislação” na qual a empresa adere voluntariamente a uma série de normas, em contrato assinado com a Bolsa, garantindo mais direitos aos acionistas do que prevê a própria Lei das Sociedades Anônimas (S.A). Neste Novo Mercado, que é um segmento especial de governança corporativa, só há ações ordinárias, iguais para todos.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio. **Poder econômico**. Barueri: Manole, 2009. p. 13).

<sup>13</sup> “A expressão “poder econômico” aparece na Constituição brasileira no título da Ordem Econômica e Financeira [...]. Nesse título, o constituinte faz uma espécie de alerta quanto ao seu exercício abusivo, determinando-se que a lei – ou seja, o legislador – crie condições para que ele seja punido e regrado.” (Ibid. p. 17).

<sup>14</sup> “Quando a Constituição fala em poder econômico e logo o relaciona a um abuso, talvez o mais correto seja dizer que o constituinte abordou o poder econômico com uma certa suspeita e enxergou uma situação a ser tolerada pelo direito”. (Ibid. p. 17-18). Note-se que esta visão do Professor Tercio é questionada por Carlos Francisco Magalhães, advogado empresarial e especialista em Direito Concorrencial, que faz a seguinte ponderação na obra: “Tolerado, para mim, tem um conteúdo muito forte. [...] A Constituição brasileira, não só a atual, mas também as anteriores, legisla sobre a ordem econômica. Elas estimulam e incentivam o desenvolvimento, a livre concorrência e o crescimento. A Constituição incentiva tudo aquilo que for um instrumento para se chegar ao poder econômico.” (Ibid. p. 28).



Esta forma de poder econômico adquire, hoje, uma configuração tendo em vista a sociedade de consumo em que vivemos.<sup>15</sup> Nesta sociedade, a produção não atenderia à finalidade da fabricação de um ou vários produtos. A sociedade de consumo produz a própria sociedade que, por sua vez, depende do consumo como forma de comunicação e interação humana.

Esta forma da sociedade de consumo é então regulada pelo Poder que, ao invés de sancionar, gere. É o advento do poder burocrático<sup>16</sup> na regulação das trocas comerciais. Veremos a seguir, nos próximos itens deste artigo, considerações a respeito destas transformações estruturais da forma como o Estado lida com o poder econômico na sociedade contemporânea.

Identificamos então, nesta primeira parte do trabalho, conceitos tradicionais da dogmática jurídica peculiar ao Direito Comercial que correspondem a este instrumental capaz de lidar com o problema do poder econômico ao mesmo tempo em que se vale de conceitos estritamente jurídicos.

## 2 Princípios tradicionais do direito contratual empresarial brasileiro

Identificamos neste primeiro momento as principais figuras dogmáticas que estão no cerne das reflexões jurídicas sobre o poder econômico. Esta identificação tem como escopo o estudo da tipificação jurídica da influência do poder econômico nos contratos empresariais. Por qual a forma o poder econômico é percebido ou apreendido pelo Direito?

Partimos de um texto clássico de Carvalho de Mendonça, em que este afirma:

*O contracto analysa-se na proposta, oferta ou solicitação, partindo da pessoa que tem a iniciativa, e na aceitação por parte da pessoa á qual se dirige a proposta. Aquella e esta são declarações de vontade, cuja união fórma o contracto; melhor, são elementos formativos do contracto. Ambas são actos transitórios, algumas vezes difíceis de bem apprehender, tal seja a troca de idéas entre as partes no período pre-contractual. Firmado o*

<sup>15</sup> “A sociedade de consumo não é mais aquela em que o mercado é um centro de trocas. Nela, temos uma espécie de transformação da comunicação humana na medida em que o mercado não se estrutura mais propriamente por trocas, mas mediante absorção controlada de forças, de bens e de riquezas, para que possamos aumentar a nossa capacidade de produção de bens e de riquezas e cada vez adquirir mais e, com isso, aumentarmos a nossa capacidade.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio. **Poder econômico**. Barueri: Manole, 2009. p. 23).

<sup>16</sup> “Eu diria que o poder econômico, nesse universo de consumo, é ainda uma relação entre potência e atualização, mas em que estaríamos continuamente exercendo controle sobre essa circularidade. Ele passa a ter o sentido nítido de organização e de gestão orgânica. [...] Nestes termos, o poder econômico torna-se algo muito parecido com aquilo em que se transformou também o poder político.” (Ibid. p. 24).

*contracto, ficam quasi imperceptíveis, confundindo-se no mutuo consentimento, tanto que, em regra, não se mencionam, no instrumento do contracto. Se o contracto não se fôrma, desaparecem em absoluto, como as negociações -prévias que ficam se objetivo.*<sup>17</sup>

Neste texto podemos observar os elementos clássicos da doutrina contratual brasileira que dizem respeito ao poder econômico na sua forma analisada no item anterior. A qualificação jurídica da relação contratual, para esta tradição, se dá a partir da união de vontades, emanadas de pessoas livres.<sup>18</sup>

A idéia da existência da vontade é um postulado filosófico que não teremos condições de discutir. Será suficiente notarmos aqui que a vontade é o conceito que a filosofia ocidental utiliza para denominar a capacidade do homem de ser um agente cujas ações não podem ser meramente explicadas pelo seu ambiente ou por fatores que o influenciam. A idéia de vontade, neste sentido, está muito ligada à idéia de liberdade, de um agir livre, de um livre arbítrio que encontramos até mesmo nas principais religiões professadas no ocidente, no judaísmo, no cristianismo e no islamismo.

Escolhemos então os temas da liberdade e da vontade humana. Estes dois temas serão analisados por nós como sendo centrais para a dogmática jurídica comercial tendo em vista o exercício do poder econômico. Postulamos que a liberdade e a vontade, enquanto institutos jurídicos reconhecidos, são a forma pela qual o Direito apreende e regula o poder econômico, ao menos tradicionalmente.<sup>19</sup>

## 2.1 - O problema da liberdade

Temos como problema inicial fundamental a definição do que seria a vontade humana. Para responder a esta pergunta, nos valeremos dos ensinamentos consagrados de Pontes de

<sup>17</sup> MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito commercial brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1939. v. 6. l. 4. p. 463.

<sup>18</sup> Na obra de Caio Mário da Silva Pereira, temos uma definição da doutrina civil que é também observada de modo geral pela doutrina comercial, ao menos no que toca aos principais problemas enfrentados pela doutrina ao definir contratos: “[a respeito do negócio jurídico] Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3. p. 51).

<sup>19</sup> Em uma passagem paradigmática da obra de Caio Mário nossas hipóteses apresentadas até aqui são corroboradas: “O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3. p. 11).

Miranda. No trecho a seguir transcrito, o autor alça a vontade, autônoma, à qualidade de suporte fático das obrigações. Conforme exposto:

Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, até onde se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém queira ou não queira. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade’, não é mais do que isso. [...] Os sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a relevância jurídica não implique disciplinação rígida da vida em comum.<sup>20</sup>

Na obra de Orlando Gomes, no livro em que este abordou a matéria das obrigações, sua definição em primeiro momento parece presumir, mas não problematizar, a questão da vontade humana livre.<sup>21</sup> Isto é natural já que a pretensão inicial do autor foi definir a obrigação em si, e não sua manifestação enquanto contrato ou enquanto fonte de direitos.

Em momento posterior de sua obra, contudo, o elemento da vontade se mostra como fator determinante. Na definição de negócio jurídico pelo autor, a idéia do exercício da vontade é fundamental para caracterizar esta fonte de obrigações.<sup>22</sup> E esta é a mesma vontade que a doutrina civilista tradicional considera como elemento imprescindível das relações contratuais.

Nas obras de Caio Mário da Silva Pereira e de Clóvis Beviláqua encontramos o elemento da vontade associado à função que o contrato deve exercer na sociedade. Na obra de Caio Mário, no trecho em que a função social do contrato é discutida, a liberdade não aparece de forma tão explícita quanto antes<sup>23</sup>, mas ela é inerente a seu raciocínio na medida em que a capacidade de criar obrigações descrita pelo autor se assemelha à soberania, conceito geralmente associado ao Estado.

---

<sup>20</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 3. p. 31.

<sup>21</sup> “Obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma pretensão em proveito de outra”. (GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15).

<sup>22</sup> “Os negócios jurídicos constituem a mais abundante fonte de obrigações. Quer bilaterais, quer unilaterais, geram-nas. Na constituição das obrigações oriundas desses negócios, a capacidade do obrigado tem a marca de um traço distintivo da categoria, mas a singularidade propriamente dita dessa fonte de obrigações reside no caráter eminentemente voluntarista dos atos que compreende. A obrigação proveniente do negócio jurídico é querida pelo obrigado”. (GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39).

<sup>23</sup> “Num outro sentido vinga a função social do contrato: na afirmação de maior individualidade humana. Aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. [...] Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurídica social”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3. p. 12).

Aprofundaremos o problema da liberdade em um item posterior, quando tratarmos do sujeito de direito e de sua construção dogmática.

### ***2.1.1 A autonomia da vontade e a ideologia liberal***

Discutimos aqui a influência da ideologia liberal na doutrina brasileira que considera o indivíduo como alguém livre. A forma clássica pela qual a liberdade é associada à vontade humana é através do conceito jurídico de autonomia da vontade, que já apareceu nas obras e textos acima discutidos.

A autonomia privada define-se como a possibilidade de estabelecer acordo entre vontades livres, entendendo-se, então, como autonomia econômica para agir e titularidade ou controle sobre a propriedade privada. Uma forma pela qual esta autonomia econômica se manifesta e que, a princípio, depende, mas vai além das relações contratuais, é a liberdade de iniciativa.

Citamos aqui obra de eminente Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau para nos fornecer um parâmetro inicial do conceito de liberdade de iniciativa:

A ‘livre iniciativa’ é não só expressão de liberdade da empresa como também do trabalho, abrangendo todas as formas de produção, individuais ou coletivas, como, por exemplo, as iniciativas cooperativa, autogestionária e pública – no que diz respeito à iniciativa pública, esclareça-se que a ‘livre iniciativa’ não consistirá na livre atuação da empresa privada no serviço público, mas sim que o Estado não deverá opor empecilhos à liberdade humana.<sup>24</sup>

### ***2.1.2 – “Pacta sunt servanda”***

O exercício do poder econômico necessita de segurança jurídica para garantir a estabilidade das relações comerciais. Esta, inclusive, para muitos, é a própria função do Direito. Esta garantia de segurança jurídica está presente em quase todos os ramos da dogmática jurídica.

No tocante ao direito comercial, em especial tendo em vista a sistematização da dogmática que trata dos contratos e que abordam o poder econômico, a idéia da

---

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 233, grifo do autor.

obrigatoriedade apresenta-se como central na própria definição de obrigação, como observa-se na obra de Orlando Gomes.<sup>25</sup>

## 2.2 O conceito de sujeito de direito e a igualdade formal

A construção do conceito jurídico de sujeito de direito está associado à liberdade. Isto se deu, historicamente, ao menos sob duas formas.

A primeira delas é que os homens enquanto sujeitos de direito se definiram assim na medida em que conquistaram liberdades negativas perante os soberanos na Europa, a partir do séc. XIII. Remetemo-nos à evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, tendo como marcos, por exemplo, a Magna Carta.<sup>26</sup>

A segunda forma pela qual o homem se definiu historicamente como sujeito de direito foi através da conquista de determinados direitos positivos. O direito de propriedade, neste sentido, ganhou um *status* especial nesta época. Ele definia a liberdade em uma sociedade de produção<sup>27</sup>, da mesma forma em que podemos dizer que ele define a liberdade em uma sociedade de consumo.<sup>28</sup>

Há uma terceira importante conquista que ressaltamos neste momento. A igualdade formal entre os homens foi importante na luta contra os privilégios feudais na história moderna da Europa. O postulado de que “todos são iguais perante a lei”, inscrito em inúmeros textos constitucionais, representa uma noção de igualdade no tratamento jurídico dispensado pelo Estado.

Entretanto, há também uma presunção de igualdade entre os homens aqui. A igualdade entre os homens é um direito que impede diferenciações e discriminações. Mas também foi um direito que, historicamente, impediu conquistas ou avanços de outros direitos fundamentais.<sup>29</sup> Assim, devemos reconhecer a igualdade também como ferramenta ideológica

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 40.

<sup>26</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

<sup>27</sup> Quando comentando uma passagem de Puchta, jurista do século XIX, em que este faz considerações sobre a liberdade e a autonomia do sujeito de direito, nos mostra Tercio Sampaio Ferraz Junior: “A base ideológica dessa concepção é fácil de perceber: trata-se de afirmar o sujeito como o titular da propriedade privada enquanto instituição que cabe ao direito objetivo proteger e garantir. A noção de propriedade privada é identificada com a de riqueza e a possibilidade de produzir bens”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 125).

<sup>28</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio. **Poder econômico**. Barueri: Manole, 2009. p. 25.

<sup>29</sup> Esta é a posição de Norberto Bobbio, em sua crítica à universalidade e a imutabilidade dos direitos humanos. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992).

e jurídica de organização e aplicação do Direito. Para o ramo do direito comercial, esta definição de igualdade entre os homens é imprescindível para caracterizar agentes livres e iguais, tidos pela Economia enquanto racionais e auto-interessados.

Esta aproximação histórica entre sujeito de direito, liberdade e propriedade define o agente privado de tal forma que ela é o fundamento ideológico ou o resultado ideológico que definia, também, o conceito jurídico de empresário como iremos mostrar adiante.

### ***2.2.1 O empresário no direito comercial e o conceito de empresa***

Sintetizamos as considerações feitas acima para mostrar como, na figura do empresário, a ideologia liberal se consolida. Consideramos necessário recuperar alguns conceitos chave de empresa e empresário. Retomamos estes conceitos a partir de três autores diferentes, de períodos diferentes, visando a identificar eventuais transformações nestes conceitos de empresa para compreendermos a influência do conceito de empresário em cada uma das definições.

Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade.<sup>30</sup>

Neste primeiro excerto transcrito, temos uma definição de empresa que privilegia aspectos da atividade empresarial, como a técnica, o capital, o lucro como meta final da atividade e os riscos inerentes a esta. O empresário aqui aparece como coordenador e centro de imputação desta atividade.

Percebemos como elemento fundamental aqui a idéia do controle privado da atividade pelo empresário. Ele é quem coordena e assume os riscos, mas, ao mesmo tempo, ele é quem se apropria dos lucros da atividade. O trabalho, o capital, a técnica, entre outros fatores são todos acessórios. O aspecto fundamental das definições clássicas de empresário diz respeito à propriedade privada dos meios de produção de riqueza.

A igualdade aqui é um elemento pressuposto, tendo em vista a definição do empresário não segundo suas condições reais ou sua individualidade, mas sim segundo um papel social

---

<sup>30</sup> MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 1. p. 492.

por este desempenhado.<sup>31</sup> Este papel social de empresário é regulado tendo como pressuposto a idéia de igualdade. Somente com o desenvolvimento da legislação no século XX é que surgirão temas como o direito do trabalho ou o direito do consumidor que colocarão em xeque esta idéia de igualdade formal entre os agentes econômicos em posições diversas.

Passamos agora a uma segunda definição.

Atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens.<sup>32</sup>

Neste excerto temos uma definição que se aproxima muito do texto do Código Civil aprovado em 2002.<sup>33</sup> Aqui percebemos a definição de empresário tendo em vista sua atividade profissional e o mercado enquanto ambiente em que ele pode desempenhar suas atividades. Houve uma consolidação gradual da concepção de mercado na doutrina jurídica ao menos enquanto um espaço de ação humana. O trabalho, o capital e outros fatores importantes da atividade foram genericamente agrupados no conceito de “complexo de bens”.

Esta segunda definição está mais próxima do conceito de empresário como o designamos atualmente, como um agente que atua em um determinado ambiente, o mercado, de uma maneira específica, profissionalmente, com a finalidade de circulação de bens e serviços.

Buscamos em uma terceira citação não exatamente o conceito de empresa, mas a importância da organização para a atividade empresarial.

Ponto central é a organização criada sobre o patrimônio de forma a dotá-lo de individualidade e perpetuidade, ligando ao fim da empresa. Organização passa a ser um instrumento capaz de medir o grau de equilíbrio entre o interesse particular e o interesse da sociedade.<sup>34</sup>

Neste excerto observamos a prevalência da organização como tema essencial da atividade empresária. Na clássica obra de Fábio Konder Comparato, percebemos uma transição relevante na forma de exercício de poder na contemporaneidade tendo como modelo

<sup>31</sup> Esta definição de sujeito a partir de papéis sociais institucionalizados encontramos em Tércio Sampaio Ferraz Junior. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008. p. 206).

<sup>32</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 100.

<sup>33</sup> Art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

<sup>34</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30.

de análise as sociedades anônimas. A titularidade dos meios de produção, a propriedade privada em si não exerce a mesma relevância conceitual. Um dos elementos centrais da análise é o poder que se exerce através do controle.<sup>35</sup>

De um modo geral percebemos que o desenvolvimento das teorias econômicas tem sido pouco acompanhado pela dogmática jurídica comercial brasileira, no que tange à conceituação da empresa e qual o papel por ela desempenhado. Da mesma forma, as teorias econômicas tradicionalmente foram pouco incorporadas aos conceitos jurídicos da dogmática contratual.

Entretanto, apresentamos nesta segunda parte do artigo como isto se alterou em nossa doutrina até encontrarmos hoje uma realidade um pouco diferente.

### **3 Transformações dos princípios do direito contratual: necessidades das novas realidades empresariais**

O conteúdo dos princípios norteadores dos contratos, tal como acima exposto, decorre da sedimentação a partir de embates acerca de uma série de valores próprios da ideologia liberal que, historicamente, espalhou-se e tornou-se a dominante nos diversos sistemas políticos, sociais, econômicos e jurídicos. Em última análise, constitui o contrato o principal instrumento pelo qual a ideologia liberal se articula, penetra e impõe seus valores na sociedade.

Com efeito, tal fenômeno não constitui uma via de mão única. Ao contrário, a dinâmica e o tratamento do contrato em e por cada um daqueles sistemas – que, destaque-se, não são estanques em si, mas se comunicam e se complementam mutuamente – acaba exercendo influências sobre os valores inicialmente propostos pela ideologia liberal. Gera-se, desta forma, uma espécie de movimento, onde as práticas naqueles diversos sistemas acabam por ensejar mudanças sobre o conteúdo dos valores, mudanças estas que podem ora significar uma evolução dos próprios valores, ora podem, conforme o caso, implicar na derivação ou criação de valores para estas práticas.

Neste sentido, deve-se observar, que, em razão da comunicabilidade entre os sistemas político, econômico, social e jurídico, as mudanças ou transformações de valores – e, portanto, também de princípios – ocorridas num dado sistema, diga-se, por exemplo, o

---

<sup>35</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 106.



político, enseja – ou ao menos pode vir a ensejar – alterações nas práticas que tomam lugares nos sistemas econômicos, sociais e jurídicos.<sup>36</sup>

Em meio a este breve panorama de transformações de valores, é necessário ressaltar uma particularidade referente ao sistema jurídico: não raro, há um considerável intervalo de tempo entre a efetiva transformação de um valor e sua assimilação pelo sistema jurídico. A despeito das razões que levam a esta dificuldade do Direito depurar as transformações de valores e princípios provenientes de outros sistemas, fato é que esta falta de simultaneidade pode implicar em diferentes percepções sobre um mesmo dado concreto, a partir do sistema jurídico e dos demais sistemas.

É particularmente no campo dos contratos, contudo, que se pode notar com maior nitidez como estas diferenças de percepção efetivamente ocorrem. A partir da exposição anterior sobre os princípios jurídicos que norteiam os contratos, pôde-se constatar certo grau de universalismo de tais princípios: os mesmos se prestam a regular todo tipo de relação contratual<sup>37</sup>, pouco importando as condições ou características do negócio e dos agentes envolvidos. Em suma, o conteúdo dos princípios acima tratados reflete os valores do paradigma liberal clássico.

Verifica-se, entretanto, que já há algum tempo tais princípios jurídicos não refletem as práticas e as demandas dos sistemas econômico, social e político, podendo-se mesmo afirmar a insuficiência dos mesmos – e, por consequência, do direito contratual em que se inserem – em oferecer respostas adequadas aos problemas que perante eles se apresentam. Opera-se, assim, a mencionada falta de simultaneidade, o descompasse entre o sistema jurídico e os demais sistemas. Desta forma, com vistas a superar tal descompasso, instalam-se no sistema jurídico alguns processos ou movimentos de revisão do paradigma liberal clássico, cujas consequências podem ser sintetizadas em duas vertentes.

Pela primeira destas vertentes, estabelece-se uma segmentação do direito privado clássico – compreendido pelo direito civil e pelo direito comercial –, através da qual se

---

<sup>36</sup> A ideia da comunicabilidade entre os sistemas econômico, político e outros vem da teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Resumidamente, aludimos aqui à constatação de uma especialização da sociedade, já constatada nos trabalhos de Durkheim e Weber, em que, segundo Luhmann, há uma especialização, através da comunicação, em sistemas sociais. Estes sistemas sociais são autônomos em si, sendo capazes de se auto reproduzir, mas são influenciados por seu ambiente. Remetemo-nos aqui a esta inter comunicabilidade dos sistemas sociais na medida em que eles conseguem se influenciar mutuamente e server como fonte de contingência e incerteza, gerando a seletividade e escolha que conforma os sistemas. (LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Tradução de John Bednarz Jr., Stanford: Stanford Press, 1995).

<sup>37</sup> Neste sentido, faz-se referência à tendência de unificação do Direito Privado, efetivada primeiramente por meio do art. 121 do antigo Código Comercial – que previa a utilização suplementar do Direito Civil em matéria contratual – e atualmente levada a cabo pelo Código Civil de 2002, que também passou a regular a seara empresarial.

originam, por exemplo, os ramos do direito do trabalho e do direito do consumidor, procedendo-se, por conseqüência, à própria segmentação do direito contratual nos ramos correspondentes. Identifica-se na racionalidade que permeou esta segmentação, por um lado, uma espécie de mitigação dos valores do paradigma liberal clássico para, por outro lado, proteger e defender os agentes que, em razão de sua situação – econômica, social e relacional –, encontram-se em situação desfavorável ou de fragilidade perante seus contrapartes.<sup>38</sup>

Deve-se ressaltar que a segmentação acima tratada não implicou, nem tampouco teve por objetivo, na extinção do direito civil e do direito comercial – ou mesmo a substituição dos mesmos pelos novos ramos –, mas sim na extração de determinadas temáticas do âmbito daqueles ramos, uma vez que, em razão da orientação dos princípios dos mesmos estar calcada nos valores do paradigma liberal clássico, os tratamentos dispensados por tais ramos não traziam soluções adequadas às práticas e controversas a eles apresentadas.

Com efeito, a repercussão das transformações decorrentes da segmentação do direito privado clássico no campo das obrigações, e mais especificamente no campo dos contratos, apresenta conseqüências extremamente ricas e complexas, sendo interessante ressaltar, dentre outras, o dirigismo contratual, a flexibilização ou mitigação do princípio da intangibilidade dos contratos, a imposição de limites à liberdade de contratar, a boa-fé contratual e o equilíbrio econômico entre as partes.<sup>39</sup>

Não obstante, deve-se ter em mente que o fator que move estas conseqüências é primordialmente a necessidade de proteção e defesa de agentes frágeis – o consumidor, o trabalhador, o inquilino, etc. – numa relação contratual. Neste sentido, assim, sobressai como principal elemento caracterizador desta fragilidade aquele dado pela posição ou situação econômica do agente: o diminuto poder econômico do consumidor, do trabalhador e do

---

<sup>38</sup> Em plena tramitação do projeto do futuro Código Civil de 2002, Orlando Gomes já firmava opinião contrária àquele projeto – e, portanto, à unificação dogmática do Direito Privado –, posicionando-se a favor da segmentação do Direito. Neste sentido, constata a superação dos valores do paradigma liberal clássico: “A necessidade de racionalizar as leis, de sistematizá-las, de simplificá-las, fosse para unificá-las em determinado país ou para entrosar leis promulgadas em épocas distintas, não explica satisfatoriamente a difusão dos Códigos. Só recentemente se veio a compreender que foram expressão política e cultural de uma época ultrapassada.” Por outro lado, demonstra que o Código Civil já não garantia proteção suficiente às novas situações e que uma nova codificação não supriria tal deficiência: “O cidadão indiferenciado, que o Código tomava por modelo, é hoje o indivíduo qualificado e concreto que a si mesmo procura proteger-se pela inserção em categorias ou grupos, com estatuto próprio [...] A partir do momento em que o Código deixou de ser uma ‘regulamentação omnicomprensiva’ do direito civil, o propósito da recodificação perdeu sentido [...]” (GOMES, Orlando. *A Caminho dos Micro-Sistemas*. In: BARROS, Hamilton de Moraes e Barros [et al.]. **Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, p. 160-170, 1984, p. 160 e 165).

<sup>39</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato** – novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107.

inquilino acabava por condicionar os contratos em que estes se envolviam aos interesses e à vontade do fornecedor, do empregador e do locador.<sup>40</sup>

Assim, e dando seguimento aos processos ou movimentos de revisão do paradigma liberal clássico, verifica-se que pela segunda vertente se terá uma espécie de reestruturação dos novos ramos de direito e dos princípios que os orientam. Especificamente na seara dos contratos, a reestruturação cuidará, num primeiro momento, de definir parâmetros para a regulação dos contratos em conformidade com os diversos ramos jurídicos que perante estes se apresentam; noutros termos, a reestruturação tem por objetivo identificar quais características dos contratos demandam que estes sejam regulados por normas de direito do consumidor ou de direito empresarial, por exemplo.

Neste sentido, esclarecedora a fala de Teresa Negreiros:

Assim é que à teoria contratual se apresenta hoje, diante do CDC e do novo Código Civil, o desafio de definir critérios para estabelecer a prevalência de uns princípios sobre os outros. Em caso de conflito, é preciso decidir sob que circunstâncias os princípios clássicos – a autonomia da vontade, a intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividade dos seus efeitos – devem sobrepor-se aos princípios contemporâneos da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social.<sup>41</sup>

Em meio ao cenário de conflitos acima narrado, figura o direito empresarial como um dos principais polos geradores de controversas, posto que muitos dos contratos regulados pelo direito empresarial assemelham-se – fundamentalmente em razão das relações desenvolvidas – com contratos regulados por outros ramos do direito. Neste sentido, assim, a reestruturação cuidará de delimitar o campo dos contratos empresariais, valendo-se para tanto de: 1) verificar o que restou do direito privado clássico após a sua segmentação e o surgimento dos novos ramos do direito; 2) separar, ou mesmo classificar, as relações que se prestam e desenvolvem para e no contexto do mercado das demais relações.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Neste sentido, o preciso diagnóstico de Orlando Gomes: “O contrato passou a ser arma de exploração do mais fraco pelo mais forte obrigando a uma política legislativa de tratamento desigual para restaurar o equilíbrio entre as partes. Foi preciso compensar a inferioridade econômica dos pobres com uma superioridade jurídica, limitando a liberdade de contratar e usando a técnica de determinar imperativamente o conteúdo de certos contratos”. (GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 72).

<sup>41</sup> A nosso ver, pode-se estender a interpretação da Autora no sentido de que os conflitos operam-se também com os outros ramos do direito mencionados. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31).

<sup>42</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.

Na prática, a reestruturação presta-se a evitar a aplicação de princípios de um ramo do direito numa relação contratual que, a princípio, desenvolveu-se sob outro ramo do direito: do mesmo modo em que numa relação de consumo não se pode aplicar os princípios do direito privado clássico – e, portanto, dos valores do paradigma liberal clássico –, não se pode conferir, a princípio, a proteção ao agente fraco economicamente típica do direito do consumidor ou do direito do trabalho a uma das partes num contrato empresarial.

Restringe-se, desta forma, a seara dos contratos empresariais: na medida em que os mesmos passam ter seus objetivos – ou, de modo mais amplo, sua função econômica – cingidos à produção e oferta de bens e serviços no mercado e, portando, na busca pelo lucro<sup>43</sup> –, incorre-se, por consequência, numa nova acepção das partes deste contrato, pela qual passam a ser considerados “sujeitos de contratos empresariais aqueles que, muito embora excluídos do conceito de empresariedade atribuído pela Lei, atuam de forma profissional no exercício da atividade econômica”.<sup>44</sup>

Com efeito, delimitado o campo ou a abrangência dos contratos empresariais, com o correspondente afastamento da aplicação de princípios dos novos ramos do direito – mormente de direito do consumidor e de direito do trabalho –, restaria identificar quais os princípios que orientam a formação e o funcionamento destes contratos. Num primeiro momento, entretanto, uma apressada conclusão indicaria a manutenção dos princípios informados pelos valores do paradigma liberal clássico. Porém, tal conclusão não prevalece.

Ao longo da presente exposição, estabeleceu-se que no plano dos contratos empresariais não caberia a aplicação de regulamentos oriundos do direito do trabalho ou do direito do consumidor. Contudo, a despeito de tal inaplicabilidade, não se pode deixar de levar em conta o motivo a que vieram estes novos direitos: no que tange às relações contratuais – e, em especial, às relações contratuais empresarias –, não se pode conceber, nem tampouco prevalecer, os preceitos do individualismo absoluto, exacerbado e da relativização dos efeitos dos contratos às suas partes. Neste sentido, relevante a fala de Antônio Junqueira de Azevedo:

[...] a atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção, conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de harmonia social. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um

<sup>43</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

<sup>44</sup> GALESKI JÚNIOR, Irineu; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos – contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 08.

capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social.<sup>45</sup>

A partir deste contexto, a necessidade de se revistar os princípios – e, por via reversa, os valores que os informam – que permeiam os contratos empresariais torna-se extremamente relevante. Desta forma, como forma de sintetizar o problema, apresenta-se a seguinte questão: na medida em que o plano dos contratos empresariais – outrora comerciais – é aquele que permite, que tem em sua própria essência a manifestação da totalidade ou quase totalidade do poder econômico das partes, de que forma os princípios que o norteiam devem ser repensados, de forma a equalizá-los a uma nova realidade marcada pela exteriorização e aceitação do exercício do poder econômico?<sup>46</sup>

Com efeito, não se pode simplesmente contextualizar estes princípios com os atributos do poder econômico. Se assim se procedesse, estaria se incorrendo numa mera rendição destes princípios ao poder econômico: em última análise, se atribuiria meramente uma nova roupagem aos valores do paradigma liberal clássico. O consentimento do poder econômico pelos princípios do contrato empresarial não pode ter caráter absentista, mas sim atuante, no sentido de criar um devido processo econômico<sup>47</sup>. Para tanto, entende-se relevante a contribuição de Orlando Gomes:

O poder compreende a prática de atos como um direito e um dever. A seu titular é reservada a prerrogativa de praticá-los, mas, ao mesmo tempo, o dever de cumpri-los. A vinculação resulta, em última análise, do fato de que ao cargo corresponde uma função, que não obstante ser privada, é de interesse público ou local.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 750, p. 120, 1998.

<sup>46</sup> No presente contexto, a expressão “repensar os princípios” deve ser compreendida numa acepção mais ampla: não só de adequação dos antigos princípios, mas também na emergência de novos princípios. Neste sentido, a noção trazida por Antônio Junqueira de Azevedo: “estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido, como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico do contrato e função social do contrato”. (Ibid. p. 116).

<sup>47</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 18.

<sup>48</sup> GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 94.

Tomadas estas referências, passa-se a tratar dos conteúdos que os princípios dos contratos empresariais assumem na realidade trazida ou proporcionada pela manifestação do poder econômico.

### **3.1 A autonomia privada e a igualdade contratual: as transformações decorrentes do poder econômico**

Se o plano dos contratos empresariais é aquele em que, por excelência, o poder econômico tem possibilidade de plena manifestação, muito desta possibilidade constitui uma decorrência do princípio da autonomia da vontade – aqui constituída pela liberdade de contratar em sentido amplo e pela *pacta sunt servanda*. Neste sentido, a autonomia privada confere “[...] às empresas a oportunidade de escolher com quem contratar, como contratar e o conteúdo da contratação. A autonomia privada, é, assim, viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento”<sup>49</sup>.

Há que se ressaltar, contudo, que, na sistemática do direito privado clássico, o princípio da autonomia privada era associado ao princípio da igualdade contratual. Ora, na medida em que se tem como pressuposto que as partes têm as mesmas condições quando da negociação e estabelecimento de um contrato, não há razão para o direito regular a estrutura deste contrato: se as partes são livres e iguais, ambas podem contratar o que lhes bem aprouver. Pode-se mesmo dizer, sob esta ótica, que o princípio da igualdade contratual seria anterior ao princípio da autonomia privada.

Com efeito, tal raciocínio encontra-se superado: já de há muito se esclareceu que tal igualdade era meramente formal – até mesmo no plano dos contratos empresariais. Inclusive, localiza-se neste ponto um dos fundamentos para a segmentação do direito privado clássico. Entretanto, não se pode dizer que esta superação afetou a relação autonomia privada–igualdade contratual outrora estabelecida: alteraram-se os conteúdos de tais princípios, porém a associação dos mesmos permanece fornecendo o alicerce para os contratos empresariais.

Assim, a partir da influência do poder econômico, a percepção do princípio da igualdade contratual assume duas formas. De um lado, a igualdade contratual assume a forma de uma igualdade de comportamentos: se as partes negociam e estabelecem um contrato, assim o fazem por terem enxergado viabilidade em obter lucro mediante suas ações e de suas

---

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 82.

contrapartes. Trata-se, assim, de uma igualdade das racionalidades econômicas das partes: sob a ótica empresarial, presume-se que as partes tenham conhecimento do funcionamento das práticas vigentes nos mercados em que atuam. Neste sentido – e correndo o risco de soar paradoxal –, esta igualdade de racionalidades pode mesmo implicar em situações desiguais: se uma das partes não se cercou das precauções comumente exigidas pelo mercado, nada obsta que a outra parte tire proveito de tal situação.<sup>50</sup>

Por outro lado, a igualdade contratual também se apresenta sob a feição de equilíbrio econômico, similar às noções de equilíbrio econômico do direito do consumidor e do direito administrativo. O ponto de partida do equilíbrio econômico nos contratos empresariais dá-se com base na necessidade de não se consignar o contrato como instrumento de proteção de um sujeito em detrimento de outro. Assim, o que se busca através do equilíbrio econômico é a manutenção da posição das partes ao longo do trato contratual: busca-se, assim, a manutenção do nível de desequilíbrio entre os agentes no desenrolar do contrato. Na prática, a tutela do equilíbrio econômico presta-se a evitar que as partes com maior poder econômico ajam de forma a incrementar sua posição de superioridade em detrimento da posição de inferioridade da outra parte.<sup>51</sup>

Estas consideráveis transformações ocorridas no princípio da igualdade contratual não implicam, necessariamente, em transformações também no princípio da autonomia privada. Neste sentido, no panorama estabelecido a partir da segmentação do direito privado clássico, tornaram-se mais frequentes e incisivas as situações em que a autonomia privada é limitada, sendo tal movimento há muito detectado e justificado por Orlando Gomes:

Dois fatores concorrem, diferentemente, para as limitações da autonomia privada: a concentração de capitais e a intervenção do Estado. Em essência, porém, conserva-se incólume o princípio. As limitações sempre existiram, apenas se apertaram na atualidade, apanhando o campo econômico e se tornando tanto mais numerosas quanto mais se compenetra o Estado da necessidade de intervir com o objetivo de realizar superior justiça social.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Neste sentido, Paula Andréa Forgioni estabelece os parâmetros para tal aproveitamento: “O agente econômico é caracterizado por uma ‘esperteza própria’ que lhe faz atilado, capaz de atuar no mercado. Esta astúcia, contudo, não há de ser confundida como uma permissão de comportamento predatório.” (FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 120).

<sup>51</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Dora. Joana. **O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito**. UC Berkeley: **Berkeley Program in Law and Economics**. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

<sup>52</sup> GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 86.

No que tange aos contratos empresariais, contudo, as transformações ocorridas na autonomia privada apresentam poucos reflexos, podendo-se mesmo dizer que, de modo geral, as transformações ocorridas no princípio da igualdade contratual terminam por informar e atualizar o conteúdo do princípio da autonomia privada. Entretanto, dentre aqueles poucos reflexos, convém assinalar a transformação ocorrida no espaço da manifestação da vontade: em razão da dinâmica demandada pelos mercados, os contratos passam a ser constituídos e alterados sem manifestações expressas de suas partes.

Por fim, uma última transformação relevante de ser mencionada é aquela que diz respeito à negociação contratual: a partir da desigualdade econômica entre as partes, nota-se a prevalência de uma parte sobre a outra, o que pode ser percebido por meio dos movimentos de padronização contratual<sup>53</sup> – verificados primordialmente através dos contratos de economia dirigida e dos contratos de adesão.

Em apurada síntese, pode-se mesmo dizer que, no plano dos contratos empresariais, os princípios da autonomia privada e da igualdade contratual têm seus conteúdos transformados em função das realidades econômicas. Na medida em que a busca pelo lucro constitui o fundamento para o estabelecimento de relações entre os agentes econômicos, nota-se o deslocamento do foco destes princípios das pessoas dos agentes envolvidos para a relação efetivamente institucionalizada: a tutela passa a ser do interesse relacional, não mais meramente do interesse subjetivo.

### **3.2 Função social e boa-fé: instrumentos de regulação do poder econômico nos contratos empresariais**

Anteriormente, buscou-se demonstrar quais transformações sobre os princípios da autonomia privada e da igualdade contratual decorreram do reconhecimento do poder econômico enquanto uma variável nos contratos empresariais. Com efeito, uma análise mais apurada permite constatar que não se trata meramente de uma descrição de tais transformações: ao mesmo tempo em que o poder econômico deu impulso para que os princípios tivessem seus conteúdos transformados, nota-se que as novas faces dos princípios passam a estabelecer parâmetros para o exercício do mesmo poder econômico.

---

<sup>53</sup> GALESKI JÚNIOR, Irineu; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos** – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 48.



Estabelece-se, dentro do plano dos contratos empresariais e a partir da variável poder econômico, um novo preceito: o poder econômico pode – e mesmo deve – ser exercido, desde que, contudo, que tal exercício não incorra em abuso. Neste sentido, a esclarecedora fala de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O fenômeno do poder econômico não é considerado uma exceção no jogo do mercado, mas um dado virtualmente constante das relações econômicas. (...) a Constituição aceita fazer parte da economia de mercado o uso estratégico do poder a fim de obter posições de maior predominância no interior de sua estrutura. O abuso ocorre, então, quando, neste admitido uso estratégico, estamos diante de um desvio de finalidade.<sup>54</sup>

Embora os princípios da autonomia privada e da igualdade contratual disponham de mecanismos para regular o exercício do poder econômico, verifica-se que só os mesmos não são suficientes para tal. É neste contexto, assim, que emergem os princípios da função social do contrato e da boa-fé como instrumentos ou mecanismos complementares para a regulação do poder econômico.

Prescindindo-se das discussões acerca das origens de tais princípios, fato é que os mesmos passaram a ter maior relevância a partir da mencionada segmentação do direito privado clássico, dando-se suas consolidações por meio da Constituição Federal de 88. Embora não se possa afirmar peremptoriamente que o plano dos contratos empresariais desconhecia os princípios da função social e da boa-fé, é fato a influência que o movimento de positividade – e principalmente de constitucionalização – destes princípios exerceu perante aquela classe de contratos.

Assim, tem-se como ponto de partida para o tratamento da função social do contrato empresarial a superação do pressuposto de relatividade do contrato às suas partes: na medida em que os efeitos dos contratos extrapolam as pessoas de seus agentes e alastram-se perante a sociedade, estabelece-se um interesse – o interesse social – que, embora seja externo ao contrato, passa a permeá-lo. Nas palavras de Calixto Salomão Filho, “a fattispecie de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele”.<sup>55</sup>

Desta forma, pode-se dizer que a função social constituiria um princípio que balancearia o princípio da autonomia privada: extrapola-se a visão de que bastaria a vontade das partes para vinculação contratual e implementa-se a necessidade de se estabelecer uma transição entre os

---

<sup>54</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**. São Paulo, v. 8, p. 9, 1993.

<sup>55</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 823, p. 84, 2004

interesses das partes envolvidas no contrato e terceiros que, embora a este sejam alheios, de alguma forma encontram-se significativamente a ele atrelados.<sup>56</sup> Em síntese, vincula-se o interesse particular à consecução de interesses do meio em que a relação se desenvolve.<sup>57</sup>

Especificamente, contudo, na regulação do poder econômico a partir da função social do contrato, regressa-se à temática do exercício regular do poder econômico. Quando um agente econômico abusa de seu poderio econômico num contrato, invariavelmente ele acaba violando interesses socialmente relevantes: o mercado de consumo, a concorrência e o meio ambiente. Assim, a função social não poderia ser invocada por uma das partes como forma de alterar o contrato: função social não pode ser confundida com assistência social.

Contudo, no plano dos contratos empresariais, a função social pode ser desenvolvida ou implementada também como uma espécie de padrão de conduta: a proteção do mercado de consumo, da concorrência e do meio ambiente a partir da função social somente se dá em razão de que estas instituições também possuem amparo legal – valendo-se da linha de raciocínio do presente trabalho, constituiriam novos ramos do direito. Neste sentido, assim, o respeito a cada um destas instituições, a partir e dentro da própria relação contratual, constituiria, por consequência, ao respeito da própria função social do contrato e ao exercício regular do poder econômico. Em suma, pode-se mesmo dizer que um contrato de acordo com a função social seria um contrato sem quaisquer efeitos externos às partes contratantes.<sup>58</sup>

Sob uma perspectiva diferente, a boa-fé também pode ser considerada como um modelo de conduta: inspirada em valores éticos, a boa-fé contratual demanda a adoção de atitudes e práticas leais, corretas e verídicas, através das quais se estabelece o respeito mútuo e a colaboração entre as partes. Num contexto em que a busca pelo lucro torna-se, cada vez mais, uma atividade de risco, constata-se desde logo a relevância da boa-fé: seus pressupostos proporcionam as condições mínimas de segurança que possibilitam o desenvolvimento de relações entre os agentes econômicos.

A partir desta primeira análise, seria possível mesmo estabelecer uma aproximação entre a boa-fé e igualdade de comportamentos acima discutida no contexto da igualdade contratual: ambas

---

<sup>56</sup> GALESKI JÚNIOR, Irineu; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos** – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 23.

<sup>57</sup> Assim, identifica-se a função social do contrato como o princípio de maior abrangência e alcance na esfera contratual: ao mesmo tempo em que constitui um instrumento regulatório genérico, estabelece limites e termina por fundamentar a liberdade de contratar. (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. v. 1, n. 1, p. 42, São Paulo, 2005). Convém explicitar, contudo, que na esfera empresarial, a função social também se identifica, ou é associada, ao próprio exercício da atividade econômica, abrindo-se portas, assim, para a “função social da propriedade dos meios de produção”. (COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos meios de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Vol. 63, p. 76, 1986).

<sup>58</sup> GALESKI JÚNIOR, Irineu; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. op. cit., p. 177.

tratam de parâmetros de conduta dos agentes econômicos. Afasta-se, entretanto, esta aproximação, na medida em que a boa-fé constitui um modelo objetivo de conduta ao qual a atitude do agente deve seguir e se aproximar, enquanto a igualdade de comportamento trata do comportamento esperado do agente no contexto de uma relação contratual. Pela primeira, tem-se a confiança no que o agente irá fazer; pela segunda, tem-se a expectativa de uma específica atitude do agente.

Do ponto de vista do exercício do poder econômico nos contratos empresariais, a boa-fé constitui um instrumento contra atitudes “traíçoeiras”: muitas vezes, os agentes superiores economicamente valem-se de seu poder para impor, no decorrer do contrato, novas condições aos agentes inferiores. Com isto não se quer dizer que as condições do contrato devem ser imutáveis: se quer dizer simplesmente que as alterações das condições contratuais devem decorrer dos movimentos e das situações pelas quais passam os mercados, e não simplesmente de atitudes unilaterais dos agentes econômicos.

Na síntese de Paula Andréa Forgioni:

Atualmente, após séculos de evolução, o reconhecimento do papel desempenhado pela boa-fé no direito comercial como catalisador do bom fluxo de relações econômicas é pacífico. Ela surge objetivada pelo mercado, formatada pela prática comercial de determinado ambiente institucional.<sup>59</sup>

Percebe-se, assim, tal como se deu com a autonomia privada e a igualdade contratual, o estabelecimento de um binômio entre a função social e boa-fé contratual: há uma relação de complementaridade entre ambas, pois que regulamentam o exercício do poder econômico em consonância com as regras – também econômicas – que regem o funcionamento dos mercados. Em derradeira análise, pode-se dizer que os princípios aqui brevemente expostos informam – e são informados – por uma ideologia liberal que, ao mesmo tempo em que mantém e atualiza perfis individuais e egoísticos, passa a trabalhar também com perfis coletivos e sociais.

---

<sup>59</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 109.

## **4 Manifestações de poder econômico na esfera contratual empresarial: a dogmática jurídica frente a novas situações**

Vistas as transformações ocorridas perante os princípios que regem os contratos empresariais, passa-se a verificar de que forma se dá o funcionamento ou a aplicabilidade do conjunto de tais princípios perante as novas situações decorrentes do exercício do poder econômico.

Para tanto, a análise se deterá sobre dois fenômenos que, embora sejam apresentados separadamente, interligam-se e mesmo fundamentam-se mutuamente: trata-se da dependência econômica gerada no contexto dos contratos empresariais e dos possíveis sentidos e implicações que o risco pode ter no plano dos contratos empresariais. Na medida do possível, se tentará apresentar os fundamentos econômicos que geram estas situações para, posteriormente, verificar como os princípios jurídicos agem frente a tais situações.

### **4.1 Dependência econômica**

A dependência talvez constitua a principal situação que surge a partir do reconhecimento do poder econômico na esfera contratual. Pode-se mesmo dizer que seja um dos poucos traços comuns a todos os ramos contratuais: o consumidor depende do fornecedor disponibilizar os bens que satisfazem seus interesses, o trabalhador depende do empregador para poder vender sua força de trabalho. Entretanto, é no campo empresarial que a dependência apresenta-se sob a forma de dependência econômica, mais complexa e, portanto, geradora de maiores controversas.

Neste sentido, a noção, a essência da dependência econômica é dada a partir da conjunção de dois elementos: a sujeição dos interesses de um agente econômico aos interesses de outro agente, sendo que, a partir de tal relação, o primeiro agente passa a ter sua atividade – e, portanto, sua própria existência no mercado – dependente da relação estabelecida com o segundo agente. Esclarecendo a situação, diz Paula Andréa Forgioni:

A supremacia implica a possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições contratuais a outro, que deve aceitá-las para sobreviver [...] A situação de dependência econômica pode implicar a exploração oportunista da posição de sujeição do parceiro, da predominância econômica, da

condição de independência e da indiferença sobre a contraparte (e não sobre o mercado).<sup>60</sup>

Pode-se mesmo dizer, assim, que o poder econômico que dá origem à dependência especializa-se ou aprofunda-se num poder relacional: pouco importa se o agente submisso é “maior ou menor” economicamente que o agente dominante, é em função da própria relação – e, especificamente, em razão das características da transação realizada – que o poder econômico é conferido a uma parte e exercido sobre outra.

Verificada a partir da visão clássica do princípio da igualdade contratual, a dependência econômica certamente teria “status” de ilícito contratual. Contudo, encarada a partir da perspectiva do mercado – e, portanto, sob o prisma da economia – a dependência econômica pode constituir um benefício: na medida em que se estabelece uma situação de sujeição contratual, passa a se ter uma relativa objetivação da relação contratual, a partir da qual os agentes econômicos destinam todas as suas atenções – ou ao menos a maior parte delas – às transações econômicas ocorridas no contexto dos contratos.<sup>61</sup>

Observa-se que, em tal situação, a dependência econômica pode constituir benefícios para o mercado. A partir do momento em que os agentes econômicos deixam de considerar o aspecto subjetivo da relação estabelecida, tem-se a geração de uma eficiência econômica: os recursos disponíveis naquela relação passam a ser melhor alocados, incorrendo, desta forma, na economia dos mesmos. Ora, diante de tal situação, a dependência econômica não pode ser considerada, por si só, um malefício: na medida em que se gera eficiência na esfera econômica, deve o sistema jurídico agir no sentido de converter e implementar tal eficiência em seu meio, originando, assim, uma eficiência jurídica.<sup>62</sup>

Na prática, constata-se que a própria estrutura dos contratos empresariais favorece a instalação de situações de dependência econômica: em razão da natureza das relações estabelecidas, os contratos contemporâneos passam a ter um longo prazo de duração, reforçando a necessidade de uma da parte para com a outra – e mesmo das duas entre si –, fato este que é exacerbado e, portanto, melhor identificado, na medida em que se estabelece uma teia contratual, dominada por um agente principal.

---

<sup>60</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 348.

<sup>61</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 106.

<sup>62</sup> Neste sentido, o apurado raciocínio de Márcia Carla Pereira Ribeiro e de Irineu Galeski Júnior: “A busca da eficiência na aplicação do Direito foge ao aspecto meramente deontológico da norma jurídica: a norma jurídica posta e aplicada deve objetivar a eficiência”. (GALESKI JÚNIOR, Irineu; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos – contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 86).

Com efeito, da mesma forma que a dependência econômica pode ser causa de eficiências econômicas, esta também pode dar ensejo a situações de ineficiência. Neste sentido, estas situações de ineficiência decorreriam do desejo da parte dominante em incrementar seus ganhos em detrimento da parte submissa: seja em momentos prévios, durante ou posteriores à vigência do contrato, a parte dominante age no sentido de alterar a estabilidade existente entre seu poder econômico e o poder econômico de sua contraparte.

Se a eficiência econômica dá origem ou é convertida numa eficiência jurídica – valendo o mesmo raciocínio para a ineficiência –, abre-se espaço para a já citada transformação, e corresponde manifestação, dos princípios contratuais empresariais. No que tange à breve exposição acerca da figura dependência econômica, emergem os princípios da boa-fé contratual e da igualdade contratual como seus principais reguladores, uma vez que a dependência econômica, tanto sob o prisma da eficiência quanto sob o prisma da ineficiência, depende fundamentalmente das condutas do agente dominante: do lado da eficiência econômica, suas condutas serão similares àquelas geralmente praticadas naquele mercado, gerando, por sua vez, confiança nos agentes submissos durante o transcorrer do contrato; do lado da ineficiência econômica – e, portanto, sendo passíveis de sanção pelo direito –, as condutas do agente dominante destoam das geralmente praticadas no mercado, obrigando aos agentes submissos à sua aceitação ou, quando da impossibilidade de aceitação, à exclusão do mercado.

#### **4.2 Risco e sua implementação no contrato**

Ao contrário da dependência econômica, a figura do risco há muito tempo constitui um aspecto cotejado pelo Direito Empresarial: a minimização dos riscos, seja a partir da limitação da responsabilidade nas estruturas societárias, seja mesmo em razão da contratação de um seguro, é uma constante na atividade empresarial. O Direito Empresarial utiliza o contrato como instrumento de controle, ou pelo menos de mitigação, de riscos.

Neste sentido, elemento crucial para a medição ou quantificação do risco é a informação: é a partir da informação que os agentes econômicos determinam suas condutas perante as relações que se associam. Na esfera empresarial, a informação pode assumir três faces: 1) o conhecimento incorporado a todo produto ou serviço disponibilizado no mercado; 2) os ativos do conhecimento, isto é, o capital intelectual que pode hoje ser mais relevante para a empresa do que seus tradicionais ativos financeiros e físicos; 3) as novas técnicas de

gestão, novas tecnologias e estratégias indispensáveis à sobrevivência e desenvolvimento das empresas.<sup>63</sup>

Com efeito, em termos econômicos, a quantidade de informação que um agente possui vai condicionar um aspecto fundamental referente ao embasamento de suas condutas tomadas: trata-se da racionalidade limitada. Em breves linhas, a partir da racionalidade limitada estabelece-se o pressuposto de que o agente econômico não consegue prever todos os efeitos ou resultados possíveis que uma determinada conduta pode levar. Diante desta impossibilidade, o estabelecimento das relações empresariais demanda que:

a) A empresa tenha se esforçado razoavelmente para obter as informações sobre o negócio, se não o fez, presume-se que essa foi sua opção consciente (a busca de informações é processo custoso e a empresa pode deliberadamente não o levar adiante, assumindo o risco da informação defeituosa); e b) As empresas não omitam informações relevantes à contraparte.<sup>64</sup>

A racionalidade limitada, e seu inerente processo de busca por informações, dará origem, contudo, a um fenômeno econômico mais complexo, também relacionado, por consequência, ao risco: trata-se da assimetria de informação. Em termos gerais, a assimetria de informação corresponde à considerável diferença da quantidade de informações sobre a relação disponibilizadas nas mãos das partes.

O problema, assim, pode ser estabelecido da seguinte forma: a partir do momento em que todas as informações necessárias para o estabelecimento de uma relação negocial não podem ser obtidas, bem como diante do fato de que nem sempre as partes terão a mesma quantidade de informações referentes àquela mesma relação, de que maneira se pode mensurar e instrumentalizar corretamente o risco nos contratos empresariais?

Parte da resposta desta questão, referente à racionalidade limitada, já foi explicitada acima. A parte referente à assimetria de informação, contudo, nos é oferecida por Márcia Carla Pereira Ribeiro e Guilherme Borba Vianna:

Uma estratégia que pode minorar a assimetria nos contratos está na fixação de normas de condutas desejáveis ou indesejáveis durante a vigência do contrato, premiando as desejáveis e punindo as indesejáveis. A fixação

---

<sup>63</sup> LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, p. 86, 2006.

<sup>64</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Edi. Revista dos Tribunais, 2009. p. 140.

emanará preferencialmente da Lei, nos países da civil Law, e mais comumente dos próprios termos do contrato na common Law.<sup>65</sup>

Entende-se, contudo, que esta resposta não oferece a solução completa para o problema: nem sempre se conseguirá contemplar as hipóteses de conduta desejáveis e indesejáveis relacionadas ao contrato.<sup>66</sup> Será a partir desta incompletude, assim, que se abrirá espaço para aplicação dos princípios contratuais: a depender do caso, caso se entenda que a assimetria informacional é causa para o deslocamento excessivo do risco contratual para uma das partes, os princípios poderão constituir o instrumento para contornar os efeitos da assimetria.

Não se pode, contudo, afirmar expressamente qual princípio deve ser utilizado, pois isto dependerá da forma em que o poder econômico é empregado em prol da assimetria de informação: caso se trate de desrespeito aos parâmetros relacionados à racionalidade limitada, constituem alternativas os princípios da função social e da autonomia privada; contudo, caso se trate de violação de padrões de conduta informacional, pode-se valer do instrumental ofertado pela boa-fé e pela igualdade contratual.

## **Conclusão**

Buscou-se, ao longo do presente trabalho, explicitar, a partir da perspectiva da manifestação e exercício do poder econômico, de quais formas as teorias econômicas devem ensejar mudanças de concepções no sistema jurídico. Em que pese a abordagem realizada ter sido voltada para os contratos empresariais e para o ramo do direito empresarial, os conceitos econômicos da assimetria informacional e de racionalidade limitada podem ser implementados em outros ramos do direito, como o direito penal, direito tributário e o próprio direito civil.

A principal constatação é a de que o exercício do poder econômico é um elemento essencial ao funcionamento – mais: ao bom funcionamento – das relações estabelecidas no mercado. Por outro lado, não se pode negar que do poder econômico também podem advir condutas que atentem contra o próprio mercado. Desta forma, estabelece-se o papel do direito no sentido de regular o exercício do poder econômico, de forma que do mesmo somente resulte benefícios para a sociedade.

---

<sup>65</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 24, p. 197, 2008.

<sup>66</sup> Ibid. p. 198.



Será em meio a esta necessidade de vedar e coibir as más práticas e de incentivar as boas práticas que se estabelece o papel do direito. Especificamente com relação ao direito empresarial, o poder econômico deve ser tratado de uma forma tal que se privilegie o estabelecimento e a proliferação das transações econômicas: em suma, o poder econômico deve ser regulado de modo que não constitua um obstáculo às relações comerciais, mas sim como instrumento que assegure e fortaleça o estabelecimento das relações comerciais.

## **Referências**

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 750, p. 113-120, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Poder econômico – a fenomenologia: seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: RT, 1967.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Função social da propriedade dos meios de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 63, p. 71-79, 1986.

\_\_\_\_\_; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio. **Poder econômico**. Barueri: Manole, 2009

\_\_\_\_\_. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**. São Paulo, v. 8, p. 10-12, 1993.

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

\_\_\_\_\_. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

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

GOMES, Orlando. *A Caminho dos micro-sistemas*. In: BARROS, Hamilton de Moraes e Barros [et al.]. **Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, p. 160-170, 1984.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Dora. Joana. O direito e a ciência econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. **UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics**. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martin Fontes, 1995.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, p. 78-95, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Tradução de John Bednarz Jr. Stanford: Stanford Press, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito commercial brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1939. v. 6. l. 4.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. t. 3.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 24, p. 173-200, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 823, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Novo Direito Societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). **Direito e Economia** – análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.