

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS - SEM FOBIA E SEM IDOLATRIA

INTERPRETATION OF BUSINESS CONTRACTS - NO PHOBIA AND NO IDOLATRY

Ricardo Lupion¹

Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RESUMO: O presente artigo propõe examinar os critérios que devem ser adotados na interpretação dos contratos empresariais, a partir da identificação dos valores do direito comercial, da autonomia e da vinculação nos contratos empresariais e das principais características da atividade empresarial. O artigo também examinará decisões judiciais que interpretaram contratos empresariais e a nova dicotomia contratual do século XXI: contratos existenciais e contratos de lucro.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos empresariais; contratos existenciais; contratos de lucro; atividade empresarial; lucro; autonomia da vontade; liberdade contratual; *pacta sunt servanda*;

supressio; surrectio; contrato de longa duração; resilição unilateral e imotivada do contrato; contato existencial; contrato de lucro.

ABSTRACT: *This paper examines the criteria that should be adopted to interpret business contracts, namely based on identifying the values of business law, autonomy and ties in business contracts, and as well as the main characteristics of the business activity. The paper also examines court decisions that have interpreted business contracts and the new contract-related dichotomy in the 21st century: existential contracts and profit-based contracts.*

KEYWORDS: *Business contracts; existential contracts; profit-based contracts;*

¹ Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Empresarial do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da PUCRS. Advogado Empresarial (Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil).

business activity; profit; autonomy of intent; freedom of contract; pacta sunt servanda; supressio; surrectio; long-term contract; unilateral, unmotivated termination of contract; existential contract; profit-based contract.

SUMÁRIO: 1 Introdução ao tema; 2 O esgarçar e o recoser dos valores do direito comercial; 3 Autonomia e vinculação nos contratos empresariais; 4 Atividade empresarial: atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro; 5 A tentativa de “consumerização” dos contratos empresariais. A reação da doutrina e do Superior Tribunal de Justiça; 6 O emblemático julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Término de contrato empresarial. Interrupção de renovações automáticas e sucessivas por denúncia unilateral e imotivada; 7 Reflexão final: a nova dicotomia contratual do século XXI: contratos existenciais e contratos de lucro.

SUMMARY: 1 Introduction to the topic; 2 Stretching and mending the values of business law; 3 Autonomy and ties in business contracts; 4 Business activity: professional, organized, profit-oriented practice; 5 The attempt at “consumerizing” business contracts. The response from jurists and the Brazilian Superior Court of Justice; 6 The emblematic decision by the Brazilian Superior Court of Justice. Business contract termination. Interruption of automatic, successive renewals via unilateral, unmotivated termination; 7 Final considerations: the new contract-related dichotomy in the 21st century: existential contracts and profit-based contracts.

1 INTRODUÇÃO AO TEMA

Nem fobia nem idolatria na interpretação dos contratos empresariais. Esta é a proposta de reflexão do presente texto.

A interpretação dos contratos empresariais ora desperta fobia marcada por uma visão predisposta, não realista e negativa da situação em que se encontravam os empresários por ocasião da formação do vínculo contratual e, por consequência, provoca profunda e indevida intervenção no conteúdo contratual, gerando reflexos negativos e distorcidos na realidade empresarial.

A genérica equiparação dos contratos empresariais às regras de interpretação dos contratos de consumo é um clássico exemplo desse círculo vicioso com reflexos negativos ao sistema de contratos entre empresários.

Do lado oposto a essa hostilidade instintiva encontramos decisões judiciais de veneração e adoração aos contratos empresariais que prestigiam demasiadamente a ausência de interferência judicial nos contratos empresariais sob o primado da liberdade baseado na ausência de intervenção e regulação do

Estado nas relações econômicas, com o ressurgimento do aforismo econômico *laissez faire, laissez passer*.

A concepção da liberdade absoluta dos contratos, como lei entre as partes, aos poucos foi desaparecendo e os princípios básicos do contrato – autonomia da vontade, liberdade contratual e obrigatoriedade dos contratos – passam a conviver com novos princípios, os quais, inclusive, passam a relativizá-los. Assim, por exemplo, a autonomia da vontade passa a conviver com o princípio da boa-fé objetiva (arts. 133, 187 e 422 do NCC)².

O desafio destas notas sobre o tema será o de encontrar o ponto de encontro, o caminho que possa conciliar, de um lado, o respeito à liberdade contratual nos contratos empresariais e, de outro, mecanismos que possam mitigar que a vontade de um dos contratantes se impunha desarrazoadamente ao outro³.

2 O ESGARÇAR E O RECOSER DOS VALORES DO DIREITO COMERCIAL

O esgarçar dos valores do direito comercial – expressão cunhada por Fábio Ulhoa Coelho – decorreu de uma resistência dos comercialistas que tardaram a perceber as mudanças introduzidas pela “argumentação por princípios” na forma como se decidem as demandas judiciais depois da Constituição de 1988.

Ao confessar que estava entre os comercialistas resistentes à “contaminação” da disciplina do direito comercial pela argumentação por princípios, o jurista apontou, por exemplo, “o quanto de insegurança jurídica pode advir, ao empresário, da aplicação de um princípio tão excessivamente amplo, como o da *dignidade humana*, em detrimento de regras específicas do direito comercial”. Assumiu uma atitude conservadora, “como se a cultura jurídica brasileira não tivesse passado por uma profunda transformação, ou como se um ramo jurídico pudesse facilmente percorrer rumos próprios”.

Tempos depois reconheceu que as regras específicas do direito comercial “somente serão aplicadas se devidamente *amparadas* por valores disseminados pela sociedade e introjetados pelos profissionais jurídicos, especialmente pelos

² GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33-37.

³ “Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit” (Lacordaire). Tradução livre: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que oprime e a lei que liberta” (FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 122).

juízes”, caminho que ele próprio denominou de “recoser os valores do direito comercial”, que significa “enunciar, estudar e divulgar os princípios desta disciplina, sintonizando-os com os valores cultivados pela sociedade brasileira contemporânea”⁴.

3 AUTONOMIA E VINCULAÇÃO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

No caminho de “recoser os valores do direito comercial” o princípio da liberdade de iniciativa que significa “enunciar, estudar e divulgar os princípios desta disciplina, sintonizando-os com os valores cultivados pela sociedade brasileira contemporânea”.

Se o pórtico da Constituição Federal de 1988 – art. 1º, inciso IV – declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos “[...] os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada”, a Constituição, apesar de demonstrar inclinação pelo social, não afastou o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais, representando, a livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica, na qual a liberdade da empresa deve ser assegurada.

Nessa perspectiva, os contratos empresariais podem desempenhar importante papel no funcionamento da empresa porque representam uma das formas do livre exercício das relações interempresariais e, assim sendo, é preciso reconhecer certa liberdade na autonomia negocial em se tratando de relações patrimoniais, sendo “possível lastrear a dimensão correspondente da autonomia da vontade na cláusula da livre iniciativa, pois esta naturalmente pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos”⁵.

Mas, para que os contratos empresariais possam desempenhar esse importante papel, a sua interpretação pelos Tribunais devem respeitar a distinção sugerida por Enzo Roppo “entre funções da liberdade contratual reconhecida aos cidadãos e funções da liberdade contratual reconhecida às empresas”⁶.

Nesta história de crescentes limitações, porém, uma espécie de contrato tem sido geralmente poupada – o empresarial. Sendo os contratantes empresários e

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18-22.

⁵ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 419-422.

⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 340.

relacionando-se a prestação contratada à exploração de atividade empresarial, a autonomia da vontade ainda corresponde ao princípio jurídico mais adequado a disciplina das relações entre as partes. Quando a indústria siderúrgica senta-se à mesa de negociação com a fábrica de automóveis; ou o fundo de investimento passa a tratar, com o controlador, sobre a aquisição do controle de uma companhia aberta; ou o banco de primeira linha procura seguradora para segurar contra roubo o transporte de valores – em situações como estas, os sujeitos envolvidos contratam porque querem, com quem querem e do modo que querem.⁷

Quanto à vinculação dos contratantes ao conteúdo do contrato empresarial, esta questão refere-se ao acerto ou erro da decisão empresarial, no sentido de reconhecer a regra básica e elementar do jogo e da competição empresarial “que premia as decisões acertadas e penaliza as equivocadas”. A intervenção judicial no contrato empresarial “não pode nunca servir à neutralização dos efeitos de qualquer decisão empresarial equivocada do contratante”⁸.

4 ATIVIDADE EMPRESARIAL: ATUAÇÃO PROFISSIONAL, ORGANIZADA E DIRECIONADA À OBTENÇÃO DE LUCRO

A atividade empresarial reúne os seguintes elementos: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes.

Um dos elementos a ser destacado nos contratos empresariais é o fato de que são realizados por empresas no exercício das suas atividades:

O estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram. [...] O segundo é que a contratação é feita na esperança de que

⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. Ob. cit., p. 49.

⁸ Idem, p. 53.

atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função.⁹

Para alcançar os seus objetivos, a empresa necessita de uma mínima preparação ou organização. Somente se organizar e planejar os seus negócios e, sobretudo, se aproveitar as oportunidades negociais que surgirem à sua frente, a empresa poderá se manter em funcionamento¹⁰. Nessa perspectiva, os contratos empresariais assumem a função de “planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, ‘trocar’ o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura”¹¹.

O empresário, como homem de negócios cuja profissão está no contratar, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações. Cada empresa de alguma importância conta com setores especializados, com o domínio de técnicas de atuação, tais como das compras por tomadas de preços e seletivas, das planilhas de custos, do ponto de equilíbrio, da análise dos balanços, da racionalização do trabalho, do gerenciamento setorizado, da segurança do trabalho, da prevenção de acidentes, do *marketing*, da política de preços, da capitalização, das projeções preventivas, dos planejamentos dos investimentos propriamente econômicos¹².

E, a propósito da existência de risco nos contratos empresariais, interessante julgado que – com apoio em predominante posição jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – examinou ação de resolução contratual cumulada com indenização por perdas e danos ajuizada pela franqueada contra a franqueadora em razão do insucesso do negócio:

De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, tem-se que o contrato de franquia é caracterizado como um contrato de risco, uma vez que, como qualquer empreendimento, está condicionado a fatores como a boa ou má gestão da franqueada, a concorrência e as oscilações do mercado. Isso vale dizer que um

⁹ FORGIONI, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82.

¹⁰ A organização é muito mais importante que o capital. Nela se baseia o sucesso de qualquer empresa, razão pela qual ela deve ser cuidada zelosamente (MIRANDA JR., Darcy Arruda. *Curso de direito comercial*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1º v., p. 100).

¹¹ MONTEIRO, Antônio Pinto. Erro e teoria da imprevisão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 15, p. 10.

¹² GARCIA, Ricardo Lupion. Ob. cit., p. 139/154.

empreendimento sob a modalidade de franquia empresarial, por si, não é garantia de rentabilidade ou de atividade próspera. Tudo porque, mesmo que a franqueadora cumpra todos os deveres contratuais e que o franqueado desempenhe uma boa gestão, os resultados podem acabar frustrados simplesmente pelas circunstâncias de mercado ou econômicas.¹³

Enfim, o “risco é fator inerente à exploração da atividade econômica” e que “ao Judiciário não cabe interferir em questões que constituem a essência da atividade empresarial”¹⁴.

5 A TENTATIVA DE “CONSUMERIZAÇÃO” DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS. A REAÇÃO DA DOCTRINA E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro – traços marcantes da atividade empresarial – foi considerada pela doutrina e pela jurisprudência para afastar a aplicação das regras contratuais do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais.

Uma das principais características que caracteriza os contratos consumeristas (“*take it, or leave it*”) normalmente não está presente nos contratos empresariais, firmados por empresários, no exercício das suas profissões e, portanto, como regra, não é possível presumir desequilíbrio a merecer a tutela especial do Código de Defesa do Consumidor.

Na análise das vulnerabilidades que Claudia Lima Marques conclui que, quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão ou que devem poder

¹³ TJRS, Apelação Cível nº 70024271926, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Leo Lima, J. 13.05.2009.

¹⁴ STJ, REsp 532570/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 21.10.2004. A decisão está assim ementada: “O risco é fato intrínseco à exploração da atividade econômica, seja ela exercida por particular, seja ela desenvolvida pelos entes estatais, situação na qual se insere a Petrobrás, que, na condição de pessoa jurídica exploradora de atividade empresarial, está sujeita, como qualquer outra empresa, às regras de mercado ditadas pela ordem econômica vigente, nos termos do art. 173 da Constituição Federal”.

consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.¹⁵

Nessa mesma perspectiva, Joaquim de Souza Ribeiro esclarece que, para um não profissional, o acesso à informação e a apreciação de riscos está dificultada pela inexperiência e pela falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou o serviço a ser contratado.

Na interpretação dos contratos empresariais deve prevalecer a autodeterminação e autorresponsabilidade do contratante. O direito deve exigir um esforço adicional do empresário, porque é profissional que tem ou podia ter tido suficiente informação sobre o conteúdo do contrato e, no limite, podia ter evitado os seus efeitos, furtando-se à contratação. Não o tendo feito, justifica-se que os efeitos lhes sejam imputados, por força, se não da sua vontade, pelo menos da autorresponsabilidade por não ter contrariado, de uma forma ou de outra, a inclusão, pela contraparte, de cláusulas desvantajosas¹⁶.

A existência do fim lucrativo nas relações contratuais também é o ponto fundamental destacado por Antônio Herman Benjamin para afastar a aplicação das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais:

Reconhecer que a microempresa, quando adquire bens e serviços fora de sua especialidade e conhecimento técnicos, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar, não implica dizer que aquela se confunde com este. O fim lucrativo os divide. Do mesmo modo a atividade de transformação que é própria do consumidor (no sentido econômico) intermediário. Além disso, os meios existentes à disposição da pessoa jurídica lucrativa para defender-se mais acentuam a diferença entre esta e o consumidor final, individual ou familiar.¹⁷

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105-106.

¹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 288-293.

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 628, p. 77.

O Superior Tribunal de Justiça também afastou a possibilidade da aplicação generalizada do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais¹⁸. A jurisprudência da Corte

se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.¹⁹

¹⁸ É imprescindível a leitura dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 541.867/BA e 660.026/RJ e no Conflito de Competência nº 92519/SP, nos quais há um minucioso estudo a respeito das teorias que envolvem o conceito jurídico do consumidor, com apoio em renomados juristas. As decisões afastaram a incidência do CDC - respectivamente - na relação contratual de uma loja de comércio de tintas com a administradora de cartão de crédito (REsp 541.867/BA, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, J. 10.11.2004), na relação contratual de uma sociedade prestadora de serviços na Internet com a fornecedora de serviços de telefonia (REsp 660.026/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 03.05.2005) e na relação contratual de uma loja de acessórios para automóveis com uma instituição financeira (CC 92519/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, J. 16.02.2009).

¹⁹ STJ, REsp 1.195.642/RJ, 3ª Turma, Relª Min. Nancy Andrighi, J. 13.11.2012: "Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/1990, mitigando os

Essa posição do Superior Tribunal de Justiça representa uma extraordinária contribuição para a correta interpretação dos contratos firmados entre empresários. Ao adotar a teoria finalista na interpretação do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, a Corte praticamente excluiu os contratos empresariais da incidência do Código porque somente seria considerado consumidor o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, excluindo-se o intermediário da cadeia produtiva e, conseqüentemente, os contratos empresariais que regulam a compra e venda de bens ou a prestação de serviços utilizados no processo produtivo.

O próprio Superior Tribunal de Justiça relativizou a teoria finalista e passou a adotar a teoria finalista de forma mitigada para atender situações em que há vulnerabilidade no caso concreto, mesmo em se tratando de contratos empresariais, isto é, permanece o entendimento de que foram celebrados e firmados por empresários no desenvolvimento das suas atuações profissionais e apenas por exceção e, no caso de contrato, admite-se a mitigação dos rigores da teoria finalista diante de situação legitimadora da equiparação da empresa à condição de consumidora, mas apenas por exceção.

Esse esforço doutrinário e jurisprudencial resultou na edição da Súmula nº 20 durante a I Jornada de Direito Comercial, segundo a qual “não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”; e da Súmula nº 28, do seguinte teor: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”.

Esse entendimento respeita a liberdade contratual nos contratos empresariais e, ao mesmo tempo, é um mecanismo que mitiga, em situações de comprovada vulnerabilidade no caso concreto, que a vontade de um dos contratantes se impunha desarrazoadamente ao outro e, portanto, sem fobia e sem idolatria na interpretação dos contratos empresariais.

rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia.”

6 O EMBLEMÁTICO JULGAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TÉRMINO DE CONTRATO EMPRESARIAL. INTERRUPTÃO DE RENOVAÇÕES AUTOMÁTICAS E SUCESSIVAS POR DENÚNCIA UNILATERAL E IMOTIVADA

Neste emblemático julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, evitou que a interpretação de um contrato empresarial pudesse causar reflexos negativos na realidade empresarial.

A decisão reconheceu e prestigiou uma prática empresarial e admitiu o término de um contrato empresarial que vinha sendo renovado automática e sucessivamente, mediante denúncia unilateral e imotivada interruptiva das renovações automáticas e sucessivas, reconhecendo que se trata de um direito assegurado a ambas as partes pelo contrato, não havendo que se falar em indenização.

Já o voto vencido impunha o pagamento de indenização à parte que exerceu esse direito previsto no contrato, sob o fundamento de que a interrupção imotivada e unilateral de um contrato que vinha sendo sucessiva e automaticamente renovado durante anos gerou prejuízos à outra parte.

Vejamos o caso. Em 30 de julho 1984, a Distribuidora de Bebidas Santiago Ltda. (Distribuidora Santiago) firmou contrato de distribuição exclusiva de bebidas e produtos fabricados pela então Indústria de Bebidas Antártica Polar Ltda. (antecessora comercial da Cia. de Bebidas da América - Ambev).

O contrato foi firmado pelas partes para vigorar pelo prazo de um ano, podendo ser prorrogado por igual período, e assim sucessivamente, caso não fosse denunciado por qualquer das partes com a antecedência mínima de sessenta dias. O contrato foi sucessiva e automaticamente prorrogado. Após intenso relacionamento comercial entre as empresas por mais de duas décadas, em 3 de junho de 1998 a Ambev efetuou a notificação extrajudicial interruptiva da renovação automática e comunicou a Distribuidora Santiago da sua intenção de não renovar a relação negocial que restou finda em 25 de janeiro de 1999.

A Distribuidora Santiago ajuizou ação indenizatória contra a Ambev, alegando que sofreu prejuízos pelo rompimento desmotivado do contrato e que a rescisão unilateral é possível com a responsabilidade do denunciante (no caso a Ambev) em relação aos investimentos que a Distribuidora Santiago realizou. Sustentou a obrigatoriedade da indenização diante da rescisão unilateral, desmotivada e lesiva à Distribuidora Santiago.

A Ambev sustentou regularidade do término do contrato em razão da licitude da cláusula contratual interruptiva da renovação automática, já que tal direito está assegurado a ambas as partes e pode ser exercido a qualquer tempo, por qualquer das partes e que a denúncia do contrato procedida com a antecedência sete meses constitui exercício regular de direito, sendo tempo suficiente para a Distribuidora Santiago reorganizar as suas atividades.

O Tribunal de Justiça do Paraná²⁰ entendeu que o contrato firmado entre as partes é nitidamente de adesão porque as cláusulas e condições foram estabelecidas unilateralmente pela Ambev sem a possibilidade da Distribuidora Santiago discuti-las ou modificá-las, o que se conclui pela flagrante padronização redacional imposta pela indústria de bebidas, de pública e notória superioridade econômica. Por ter estado voltada durante mais de vinte anos exclusivamente à atividade comercial de distribuição de bebidas e produtos fabricados pela Ambev, o Tribunal assegurou indenização à Distribuidora Santiago por perdas e danos, inclusive morais, lucros cessantes e fundo de comércio.

O Tribunal concluiu que, neste novo milênio, a aplicação dos princípios da obediência irrestrita ao pactuado e da autonomia da vontade deve ser vista sempre sob a ótica dos princípios gerais da boa-fé e da igualdade entre os contratantes, com observância, especialmente, do poderio econômico das partes envolvidas.

O Superior Tribunal de Justiça²¹ reformou a decisão do Tribunal Estadual. Concluiu que a decisão determinará a insegurança jurídica no instituto dos contratos, com seríssimas repercussões das atividades comerciais na sociedade brasileira, atribuindo-se a um contrato comercial natureza de irrevocabilidade diante da sanção de penalidades, não obstante previsão contratual.

A decisão majoritária da Corte Superior concluiu que: (i) o contrato entre duas pessoas jurídicas pode ser rescindido de acordo com os termos estipulados; (ii) efetuada a notificação prevista no contrato, não há que se falar em cláusula abusiva e ensejadora das indenizações pleiteadas; (iii) a cessação de atividade de distribuição de bebidas ao término do prazo contratual, cujo contrato vigeu por muitos anos, reveste-se de exercício de um direito, bilateralmente assegurado às

²⁰ TJPR, Agravo Instrumento nº 176.131-7, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Ivan Bortoleto, J. 15.03.2006.

²¹ STJ, REsp 1.112.796/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP), J. 10.08.2010.

partes, não se revestindo, portanto, de nenhuma abusividade que pudesse gerar as indenizações pretendidas pela Distribuidora Santiago.

Embora a maioria tenha concluído que os investimentos são feitos em função também do interesse daquele que o realizou, no caso a Distribuidora Santiago e, evidentemente, isso é diluído ao longo do tempo, não se justificando um ressarcimento dessa ordem pelo fato de se romper um contrato unilateralmente com uma previsão negocial taxativa e expressa na avença entre as partes, o voto vencido proferido pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão mantinha a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná e, conseqüentemente, a indenização pelo término do contrato.

Pelo voto vencido, a liberdade de contratar perdeu operância paulatinamente, na medida em que a atividade comercial da Distribuidora Santiago era limitada pela exclusividade imposta pela Ambev, assim como pelo condicionamento da Distribuidora Santiago no que tange a padronizações e customizações somente aproveitáveis na relação comercial existente entre os litigantes. Todo o aparato da Distribuidora Santiago (imóveis, vasilhames, veículos, programas de controle de estoque, qualificação laboral dos funcionários) era utilizado unicamente para atender aos interesses da Ambev, tudo instrumentalizado por contrato-padrão que a ele a Distribuidora Santiago deveria aderir ou simplesmente encerrava as suas atividades.

Por isso, não se pode cogitar de liberdade contratual da Distribuidora Santiago que não tinha outra opção que, ao longo dos vinte anos, foi gradativamente perdendo forças pelas peculiaridades existentes na relação comercial. Mencionou que a Ambev, ao impor a aderência da Distribuidora Santiago a um plano de excelência, exigiu elevados investimentos, encontrando-se

bem caracterizado o repudiado *venire contra factum proprium* a conduta da recorrente (no caso a Ambev) em rescindir o contrato sem justificativa plausível, apenas por desinteresse comercial, “agraciando” a concessionária (no caso a Distribuidora Santiago), que verdadeiramente era sua parceira comercial, com exíguo prazo de seis meses para a reestruturação de uma empresa que, por duas décadas, serviu-lhe de distribuidora.

O voto vencido prosseguiu a sua fundamentação para não admitir a rescisão unilateral e imotivada de um “contrato de longa data” com base na existência da cláusula contratual, porque a validade dessa cláusula deve ser analisada no caso de contrato e aceitá-la *in abstracto*

parece um retrocesso, retorno a tempos cujos paradigmas eram pautados pela fantasiosa igualdade formal entre os contratantes – dogma do Estado liberal há muito superado –, tempos em que o poder estatal somente intervinha nas relações particulares para garantir a execução forçada do *pacta sunt servanda*.

Na análise do voto vencido, a denúncia do contrato no caso concreto, “por qualquer das partes”, gera uma falsa simetria entre os contratantes, um sinalagma cuja distribuição obrigacional é apenas aparente. Para o eminente Ministro, para se garantir a equidade da cláusula de denúncia imotivada por qualquer das partes, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato para verificar se a resilição unilateral era uma garantia recíproca no contrato.

Em seguida, o Ministro analisou as consequências que a resilição unilateral poderia acarretar para cada parte. Se exercida pela Distribuidora Santiago, a Ambev, hoje uma potência no seguimento na América Latina, não teria maiores danos, porque poderia facilmente contratar novos distribuidores. Porém, a resilição unilateral sendo exercida pela Ambev, a Distribuidora Santiago, parte incontroversamente mais frágil na relação, significaria o encerramento da empresa.

A partir dessas premissas, o Ministro concluiu que não há igualdade econômica e liberdade contratual plena na relação jurídica existente entre a Ambev e a sua distribuidora, o que retiraria a validade da cláusula permissiva da denuncia unilateral e imotivada do contrato que, a despeito de apregoar uma igualdade entre os contraentes, acaba por possibilitar abusos do poder econômico e partindo-se do fato de que há um contrato de longa data, a faculdade de distrato exercida de forma disfuncional, anormal, imoderada ou distanciada da boa-fé e dos bons costumes comerciais, pode acarretar danos a outrem que devem ser reparados em sua plenitude.

Além dos fundamentos já apresentados, o voto vencido sustentou, ainda, que a relação jurídica entre a Ambev e a Distribuidora Santiago está encoberta

pela *supressio*, teoria oriunda da boa-fé, que reduz a eficácia do direito em razão da inércia do titular no decorrer do tempo, ou, ainda, o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito.

Na perspectiva do voto vencido, o comportamento reiterado da Ambev, consistente na prorrogação contratual por duas décadas e os elevados investimentos realizados pela Distribuidora Santiago enfraqueceu o direito de resilição unilateral da Ambev e gerou legítima expectativa na Distribuidora Santiago de que Ambev não mais acionaria a cláusula contratual que permite a qualquer dos contratantes a resilição imotivada do contrato mediante denúncia. Ou seja, a *supressio* inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício, se presente, de outra parte, a boa-fé do contratante. Por outro lado, e em direção oposta à *supressio*, mas com ela intimamente ligada, tem-se a teoria da *surrectio*, cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada²².

²² Nesse tema, o Ministro valeu-se do seguinte magistério de Judith Martins-Costa: “Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de *supressio*. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do RS, esta ‘constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva’. Exige-se, para a sua configuração, (I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor’. Diferentemente da *supressio*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a *surrectio*, aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação, que previa a resilição unilateral, mediante prévio aviso de 60 (sessenta) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse sua vontade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Por um período superior a 12 (doze) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado do locatário, do ‘direito à automaticidade’ da prorrogação; de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a resilir a avença. A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência da ‘automaticidade’ da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de resilição (denúncia contratual), apontando, conseqüentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao *dies ad quem* do prazo contratual, ter a locadora imposto ao locatário a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de 12 (doze) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança

Vê-se, pois, que o voto vencido encaminhava uma solução para o contrato empresarial que poderia causar reflexos negativos ao sistema de contratação empresarial. Embora legítimos as preocupações e os fundamentos considerados no voto vencido, não se pode deixar de lado o fato de o contrato ter vigorado por décadas durante as quais a Distribuidora Santiago participou e desfrutou dos resultados financeiros que uma marca de prestígio pode propiciar e, ainda, tinha plena consciência que o contrato vigorava por prazo indeterminado e que poderia ser denunciado a qualquer tempo.

No julgamento prevaleceu a interpretação do contrato, que reconhece como válida uma *práxis* dos negócios empresariais que, em última análise, “constitui o protagonista central da esmagadora maioria dos contratos atinentes à vida econômica hodierna”²³, e apresenta benefícios para o mercado de consumo porque facilita a comercialização de bens e serviços.

7 REFLEXÃO FINAL: A NOVA DICOTOMIA CONTRATUAL DO SÉCULO XXI: CONTRATOS EXISTENCIAIS E CONTRATOS DE LUCRO

Dado tudo o que foi visto até agora, entre posições que admitem, na sua plenitude, o *pacta sunt servanda* e a intangibilidade do conteúdo dos contratos empresariais, e que aquelas não reconhecem as características próprias dos contratos empresariais que relativizam a intervenção judicial, como se verificou, por exemplo, no emblemático julgamento do Superior Tribunal de Justiça antes referido, o melhor caminho para esta reflexão sobre o tema é adotar a dicotomia proposta pelo saudoso Professor Antonio Junqueira de Azevedo, no sentido de separar, por categorias, os contratos existências dos contratos de lucro, nos termos seguintes:

[...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do século XXI – porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas

traída” (MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo CC brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 217-219).

²³ ANTUNES, José A. Engrácia. Contratos comerciais e noções fundamentais. *Direito e Justiça*, Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume especial, p. 18, 2007.

estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. As pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender à suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí força.²⁴

Esse entendimento foi secundado por Teresa Negreiros, que propôs o uso do paradigma da essencialidade para distinguir situações existenciais das situações patrimoniais para justificar uma tutela qualitativamente diversa²⁵.

²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, p. 304-305. Foi com essa mesma perspectiva que o Professor Junqueira já tinha participado da atualização da obra de Orlando Gomes: “Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, *contratos empresariais*, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os *contratos existenciais* ou *não-empresariais*, firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais, encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana. São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, *engineering*, consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários, dentre outros. Essa nova dicotomia, que defendemos e, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da freqüência da sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem consciência dessa classificação. Ademais, ela é operacional. Os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, *v.g.*, no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos comerciais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2008. p. 231-232).

²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 449-487.

E, mais recentemente, o Ministro Ruy Rosado também justificou a necessidade de distinção entre contratos não empresariais (ou existenciais) e contratos empresariais (de lucro), porque os contratos não empresariais (ou existenciais) “admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social”, enquanto nos contratos empresariais (de lucro) “essa intervenção heterônoma seria de menor força” porque, como se cuida de atividade de risco, que objetiva lucro, com propósito eminentemente patrimonial, incumbe “às partes os cuidados que devam adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão”²⁶.

Assim, sem fobia e sem idolatria, essa nova dicotomia contratual do século XXI proposta pelo saudoso Professor Junqueira atende aos propósitos desta breve reflexão sobre o tema que envolve a tormentosa apreciação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário²⁷.

²⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 45, p. 91-111.

²⁷ A propósito dessa tormentosa apreciação dos contratos empresariais pelos Tribunais, há um julgamento paradigmático conhecido como “o caso da juta” ocorrido no começo do século XX. Nesse julgamento, a doutrina comercialista já sustentava a interpretação dos contratos empresariais conforme a *práxis* dos negócios comerciais. No caso concreto, o alienante de um estabelecimento comercial, mesmo inexistindo cláusula contratual expressa, deveria ficar impedido de se estabelecer novamente, pois a ele alienante, incumbe fazer a venda firme, boa e valiosa. Eis uma apertada síntese do caso: o Conde Álvares Penteado, juntamente com os demais acionistas da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, “alienaram, sem condição alguma, todas as suas respectivas ações”. Em 1911, aproximadamente um ano após a venda, o Conde estabeleceu-se novamente, no mesmo ramo de negócios, constituindo a Companhia Paulista de Aniagens. Considerando que (i) o ordenamento jurídico brasileiro não continha dispositivo expreso sobre a possibilidade ou impossibilidade de concorrência do alienante da empresa, bem como (ii) o silêncio do contrato a respeito, a questão estava assim posta: tendo o Conde vendido o estabelecimento industrial, estaria “juridicamente privado de fundar, por si ou por empresa que organizasse, um estabelecimento industrial tendo por fim explorar a fiação e tecelagem de juta e outras fibras têxteis, bem como o comércio de seus productos”. Por um lado, Ruy Barbosa, advogado do alienante, sustentou, em suma, que a “liberdade de estabelecimento” e de comércio, na ausência de cláusula expressamente convencionada pelas partes, não poderia ser limitada. Inexistia, no direito pátrio, dispositivo legal que autorizasse essa restrição e, para alguns, a “freguezia”, a “posição [...] conquistada no mercado”, não seriam passíveis de alienação. Em oposição, Carvalho de Mendonça – em defesa do adquirente – afirmou que a limitação era insita à alienação do estabelecimento, eis que a coisa vendida deve ser feita boa, firme e valiosa, atendendo à boa-fé que necessariamente há de presidir o tráfico mercantil. Aquele que aliena e concorre, desviando clientela, impede que o adquirente desfrute da coisa que comprou, frustrando suas expectativas. Resumindo essa posição de Carvalho Mendonça, “[...] o vendedor do estabelecimento comercial não pode fundar outro que abra concorrência ao comprador, e desviar-lhe toda ou parte da clientela, ainda que seja por via oblíqua, como passando para uma sociedade anônima onde comprometa capitais e assuma a administração, ou estabelecendo um seu parente ou terceiro com capitais por ele fornecidos. Nem

os próprios herdeiros podem infringir o preceito legal”. Carvalho de Mendonça estruturava seu pensamento a partir da interpretação do art. 214 do Código Comercial e da doutrina de Coelho da Rocha a respeito da boa-fé nos contratos, que “exige que cada uma das partes fique responsável à outra pelo bom e livre uso da coisa ou prestação, que lhe dá, ou, como vulgarmente se diz, a fazer o contrato bom. Esta responsabilidade constitui a garantia dos contratos”. A jurisprudência da época deu razão a Ruy, e a demanda proposta contra o Conde Álvares Penteado não obteve êxito (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Cláusula de não-concorrência/de não-restabelecimento. In: *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 273-300).

