

O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NOS CONTRATOS COMERCIAIS

LUÍS INÁCIO CARNEIRO FILHO¹

SUMÁRIO: 1. Introdução - A identidade dos contratos comerciais. 1.1 O princípio da conservação dos negócios jurídicos como forma de robustecimento do *pacta sunt servanda*. 1.2 Da peculiaridade do princípio da relatividade nos contratos comerciais. 1.3 O princípio da conservação dos negócios jurídicos empresariais como decorrência do princípio da preservação da empresa. 2. As regras de direito comum e os contratos comerciais. 2.1 Particularidades dos elementos que compõem o contrato comercial. 2.2 Um elenco de normas e cláusulas gerais a serem adaptadas aos contratos comerciais. 3. O Projeto de Lei 1.572/11 - Novo Código Comercial. Conclusão. Referências.

1. Introdução - A identidade dos contratos comerciais

Os contratos, como relevantes instrumentos de regulação de interesses jurídicos, além de servirem à tutela das pretensões patrimoniais das partes contratantes, prestam-se a proporcionar a necessária segurança ao trato das relações pessoais de direito privado.

Porque vivemos em uma sociedade imersa em variadas relações contratualizadas, o negócio jurídico contratual passa a ocupar lugar de destaque na vida das pessoas, merecendo assim uma detida análise sobre os princípios que o informam, para então balizarmos o alcance dos seus efeitos.

No âmbito de abordagem própria do direito privado, as relações negociais, embora se encontrem regidas genericamente por um conjunto de normas de direito comum, identificam-se especificamente com o ramo da origem a que pertencem, ou seja, a depender de certos fatores, cada contrato há de ser regido pelo conjunto de normas próprias à espécie de relação que tutelam.

Sem descuidar das normas gerais de direito comum, o reconhecimento de uma identidade que sirva a distinguir os contratos civis, dos consumeristas e comerciais é fundamental, não apenas quanto à norma de regência, mas também e principalmente, quanto aos seus princípios.

Não se nega que cada relação negocial de direito privado, embora ímpar, se insere e é regulada por um arcabouço normativo geral, bem como é inspirada e deve obediência a princípios basilares aplicáveis a todos os contratos.

Todavia, a concepção de regramento e inspiração principiológica há de ser observada em uma escala mais profunda, de modo a permitir que interpretações específicas sejam extraídas desses mesmos princípios gerais sem desconfigurá-los, mas permitindo que se individualizem as formas de compreensão de cada contrato, a depender do ramo a que pertencem.

¹ Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Doutorando em Direito Comercial pela PUC/SP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogado.

Considerando especificamente os contratos de direito comercial, tem-se por evidente a necessidade de uma abordagem principiológica que reconheça as reais particularidades das relações negociais regidas por esse ramo do direito privado, sem se afastar da ordinária interpretação aplicável aos demais negócios de direito comum.

Embora de inegável submissão às regras gerais de direito comum, os contratos comerciais se distinguem dos demais contratos de direito privado, embora o ordenamento pátrio careça de regras expressas que sirvam a distinguir as obrigações contratuais de direito civil e de direito comercial.²

Não obstante as diferenças de cada ramo em que se inserem os contratos de direito privado, se de direito civil ou comercial, não se pode olvidar que cada contrato revelará ao intérprete situações particulares que não podem ser ignoradas, e que merecem o devido tratamento próprio, ou seja, mesmo se segmentarmos os ramos ainda assim em cada um deles haverá particularidades a reclamarem interpretação principiológica própria.

Partindo dessa concepção, tem-se por robustecida a conclusão de que os contratos comerciais merecem mesmo uma abordagem única que os distinga dos demais negócios jurídicos de direito privado, não apenas a título de regramento ou eventual codificação distintiva, mas principalmente quanto aos princípios que os informam.

É, pois, premente que se reconheça que os princípios aplicáveis aos contratos de direito comercial devem ser compreendidos de maneira particular, de modo a atender as demandas decorrentes das relações interempresariais, mormente ante a falta de regras que sirvam a esse propósito.

Nesse cenário, destacam-se os conhecidos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória, ambos a sustentar a proposta de releitura do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

1.1 O princípio da conservação dos negócios jurídicos como forma de robustecimento do *pacta sunt servanda*

O princípio da conservação dos negócios jurídicos é invariavelmente invocado para promover a manutenção do negócio jurídico, ao máximo, quando a sua eficácia é posta em discussão, ante a eventual alegação de suposta invalidade da avença.

Diante da possível ausência de validade, e da conseqüente declaração de nulidade do negócio, o princípio é então aduzido a fim de se evitar a extinção do

² Esclarece Fábio Ulhoa Coelho: “A obrigação empresarial não é categoria expressamente prevista na lei. Mas em razão de suas especificidades, deve receber da doutrina e da jurisprudência um tratamento particular. O ideal seria a lei reconhecer como específica e disciplinar de modo compatível a obrigação entre empresários. O negócio jurídico-empresarial, mesmo a despeito de disciplina de direito positivo, não está sujeito às mesmas regras do negócio jurídico em geral.” (Tratado de direito comercial, volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 14).

contrato, salvando-o e preservando-o naquilo que não contaminado, de modo a garantir que o pacto seja mantido, ainda que parcialmente.

Busca-se com isso proporcionar que, a despeito da presença de possível invalidade, os efeitos decorrentes das vontades das partes sejam mantidos, em claro prestígio tanto ao princípio da autonomia da vontade como também, e principalmente, quanto ao princípio da força obrigatória dos contratos.

A posição peculiar ocupada pelos contratos comerciais reclama uma abordagem personalizada que reconheça a importância e solidez da manifestação de vontade das partes quando do aperfeiçoamento da avença, pois que criadora de uma relação jurídica empresarial antes inexistente e que, face ao julgamento dos interessados, passou a existir.

Esse olhar mais apurado a ser dedicado sobre as relações contratuais comerciais se justifica não apenas porque tais se submetem a um ramo específico do direito privado, mas também porque esses contratos regulam interesses essenciais à preservação da própria atividade empresarial, e, conseqüentemente, ao atendimento dos princípios que regem a atividade econômica do país.

Como a atividade empresarial é dependente das relações contratuais estabelecidas pelo empresário ou pela sociedade empresária, os efeitos decorrentes dos contratos interempresariais acabam por atingir maior relevo, já que podem ser determinantes ao sucesso ou ao fracasso da empresa.

Afinal, como se sabe, o resultado negativo de uma empreitada contratual malsucedida poderá acionar o gatilho da falência, determinando o fim da própria atividade.

1.2 Da peculiaridade do princípio da relatividade nos contratos comerciais

Diversamente dos contratos civis, cujos efeitos limitam-se de forma clara aos contratantes, nos contratos empresariais a repercussão das obrigações contratuais toma outra dimensão, pois que tais relações normalmente se baseiam (e acabam por sustentar) outros diversos contratos.

Nessa perspectiva, até mesmo o princípio da relatividade há de ser interpretado de forma diversa daquela usualmente aplicada aos contratos civis.

Pelo princípio da relatividade os contratos não irradiam efeitos para além das partes que efetiva e concretamente se vincularam pelo negócio jurídico, ou seja, terceiros que não participaram da avença não poderão ser a ela submetidos ou sofrer seus eventuais deletérios efeitos. A regra da relatividade somente é afastada, por exceção, quando se tratar de negócio jurídico que tenha por escopo beneficiar terceiros estranhos à relação jurídica original.³

³ Ensina Paulo Lôbo: “Também consectário lógico da autonomia privada, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato significa que o contrato apenas obriga e vincula suas próprias partes, não podendo ser oponível a terceiros. Na organização clássica do direito privado, o princípio ancora concepção de direitos pessoais, que são relativos aos figurantes determinados (oponibilidade às próprias partes), diferentemente dos direitos reais, cujo sujeito passivo é universal e indeterminado (oponibilidade a todos).” (Direito Civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64).

Os limites impostos pelo princípio da relatividade, também aplicados aos contratos comerciais, são indiretamente ultrapassados ao avaliarmos os efeitos das avenças interempresariais.⁴

Na seara própria dos contratos comerciais, porque enredam relações entre sujeitos que desenvolvem atividade naturalmente exposta ao risco negocial, é possível reconhecer que o eventual insucesso decorrente de uma má escolha contratual invariavelmente repercutirá em outros contratos mantidos pelo mesmo empresário com terceiros.

Um possível descumprimento contratual em relação interempresarial poderá, portanto, gerar uma reação em cadeia, vertendo efeitos negativos aos demais contratos mantidos com o empresário, podendo inclusive levá-lo a uma insuperável crise. Contratos com fornecedores, prestadores de serviço, empregados etc. poderão ser atingidos quando outro contrato é violado ou simplesmente deixa de ser respeitado.

O princípio da relatividade, de inquestionável aplicação aos contratos comerciais, encontra nesse ramo uma abordagem diferente, pois se pode afirmar que terceiros poderão sofrer prejudiciais efeitos decorrentes da violação de um pacto de que não participaram.

À vista dessa conclusão, fruto das peculiaridades das relações interempresariais, encontra-se importante motivo a reforçar o enrijecimento das interpretações conferidas ao princípio da preservação dos negócios jurídicos nesta seara comercial, seja para manter a integridade das manifestações de vontade dos contratantes, seja para preservar a avença diante de eventual nulidade.

1.3 O princípio da conservação dos negócios jurídicos empresariais como decorrência do princípio da preservação da empresa

A valorização do princípio da preservação dos negócios jurídicos, tal como proposta, igualmente se justifica por amoldar-se perfeitamente a outro relevante princípio, o da preservação da empresa.

Se é certo que a empresa se sustenta em um conjunto de contratos a proporcionar o atingimento do seu objeto, é possível concluir que a preservação desses mesmos contratos é fator determinante à manutenção da atividade empresarial.

Afinal, se os contratos forem vulnerados pelo desmedido dirigismo contratual, ou por inadvertidas intervenções judiciais, o risco empresarial (que já se revela alto na estrutura econômica atual) poderá se confirmar, conduzindo a empresa à quebra.

Nesse sentido, o robustecimento da força obrigatória dos contratos, como decorrência de uma diferenciada interpretação do princípio da conservação dos

⁴ Fábio Ulhoa Coelho leciona: “Pelo princípio da relatividade, os efeitos do contrato atinentes à criação de obrigações são restritos às partes contratantes. Ninguém pode ser obrigado em razão de contrato de que não participa”. (Curso de direito civil, 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.44).

negócios jurídicos, tende a ser fator de redução de riscos ao empresário, por conduzir os seus negócios de forma mais estável.

Também por essa razão, é surgida a necessidade de uma abordagem individualizada aos contratos comerciais, que, em razão das suas especificidades, carecem não apenas de regras próprias, mas de princípios que sirvam aos seus peculiares propósitos.

2. As regras de direito comum e os contratos comerciais

Mesmo diante da evidente necessidade de um tratamento distinto a ser dedicado aos contratos comerciais, de modo a que a estes sejam conferidos específicos modos de interpretação aos princípios que os regem, também merece atenção o conjunto normativo existente que, em geral, não os distingue dos contratos de direito civil.⁵

A despeito da existência de um ambiente jurídico próprio, já que o direito comercial possui disciplina e regras específicas que o distingue dos demais ramos do direito privado, o legislador do Código Civil de 2002 acanhou-se quando preferiu reunir as regras gerais dos contratos sem contemplar as especificidades dos contratos comerciais.

A timidez com o que o tema foi tratado no Código Civil de 2002 acabou por indiretamente ignorar as particularidades das relações interempresariais que, inspiradas pelo natural intuito especulativo, distanciam-se das relações negociais de direito comum.

O texto codificado, no que respeita ao tema, revela-se insensível às demandas típicas das relações contratuais entre empresários, vez que as trata sem promover quaisquer distinções quanto aos contratos civis.

O retraimento normativo trouxe consequências concretas, já que as disposições próprias à parte geral dos contratos e das obrigações em geral acabam por ser invocadas (e aplicadas) tanto nas questões envolvendo uma relação tipicamente civil como interempresarial.

Disso resulta a falsa impressão de que as relações são as mesmas, quando na verdade há expressivas diferenças a serem percebidas.

O prejuízo dessa ausência de sensibilidade quanto à correta forma de compreensão dos contratos empresariais poderá conduzir não somente à violação da devida distinção temática, mas também ao desestímulo da livre iniciativa.⁶

⁵ Assim esclarece Marcia Carla Pereira Ribeiro “Diante das várias situações correlatas à atividade empresarial, considerando-se ainda as opções do empresário na escolha da estrutura de gestão mais eficiente, tem-se uma noção de quais os contratos que podem ser enquadrados na categoria dos contratos comerciais, e que, portanto, sujeitar-se-iam a uma teoria geral, assumindo-se que as suas peculiaridades empresariais decorrem não apenas de seu conteúdo específico, mas também da função por eles exercida em relação a atividade do empresário”. (Tratado de direito comercial, volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 14).

⁶ Assim esclarece Fábio Ulhoa Coelho: Se o empresário for constantemente poupado de seus erros, a concorrência empresarial será distorcida, com sérios prejuízos para a economia. Além de não contribuir para a formação de uma elite empresarial preparada, a desconsideração, pelo direito dos contratos, das exigências típicas da relação comercial importará a frustração das recompensas

2.1 Particularidades dos elementos que compõem o contrato comercial

As relações contratuais interempresariais embora sejam compostas pelos mesmos elementos que compõem os demais contratos de direito privado, tem relevantes particularidades que justificam um tratamento normativo distinto.

Por primeiro, quanto ao elemento subjetivo, já se percebe uma importante distinção, pois que nos contratos comerciais as partes necessariamente são empresários ou sociedades empresárias.⁷

A qualidade empresarial das partes é fundamental, pois que por apenas esse fato já se poderia presumir tratar-se de uma relação entre sujeitos que, dada a sua específica condição, assumem certos riscos em prol da busca de vantagens próprias da sua atividade especulativa.

Além disso, a simples condição de empresário, que em si traz a natural assunção de riscos inerentes à sua atividade, faz presumir que as partes dessa relação interempresarial ou tem o pleno domínio e conhecimento sobre o objeto contratado, ou deliberadamente assumiram o risco decorrente de uma má contratação.

Justamente por isso é que o elemento subjetivo dos contratos comerciais é mesmo diferenciado, afinal as partes contratantes são presumidamente sofisticadas, no sentido de que ou bem conhecem o objeto contratado, ou admitem o fracasso da contratação como decorrência do ordinário risco empresarial.

Nesse sentido o enunciado nº 25 da primeira jornada de direito comercial do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. **Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.**” (Grifo do autor).

Ainda quanto ao elemento subjetivo, há que se observar também que nas relações contratuais interempresariais não se tem qualquer presunção quanto à vulnerabilidade ou hipossuficiência entre as partes, como é comum ao direito civil, consumerista e do trabalho.

Ao inverso, quando a relação contratual se identifica com o direito comercial, há que se presumir simetria entre as partes, de modo a lhes conferir

compõem o jogo competitivo do capitalismo. Quer dizer, se os melhores empresários não forem premiados, segundo a lógica capitalista, pela competência manifestada em suas decisões, a estrutura da livre iniciativa não estará adequadamente protegida pela lei. Os investidores, nesse contexto, tendem a direcionar seus capitais para os países em que o direito comercial tem sua função bem compreendida, prestigiada e cumprida: (Curso de direito civil, 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.83).

⁷ Segundo Fábio Ulhoa Coelho: “Nos contratos comerciais (mercantis ou empresariais), os contratantes são todos empresários, isto é, exercem “profissionalmente atividade econômica organiza para a produção ou circulação de bens ou serviços”. Quando o vínculo negocial aproxima dois sujeitos que se consideram juridicamente empresários, o contrato submete-se a regime próprio”. (Curso de direito civil, 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.82).

que igual tratamento em todas as questões relativas à avença que livremente estabeleceram segundo os seus próprios interesses.

Com efeito, não se poderia mesmo considerar que um dos contratantes estaria em situação de vulnerabilidade em relação ao outro contratante, seja porque as partes são presumidamente sofisticadas, seja porque o escopo da contratação é sempre especulativo para ambos.

Tampouco o eventual abismo relativo ao poderio econômico entre as partes justificaria um tratamento desigual, donde decorreria a suposta submissão resultante da conhecida vulnerabilidade.

Afinal, nas relações comerciais é natural que uma das partes seja detentora de poder econômico superior à outra, o que, por si só, não enseja qualquer ilação quanto a alguma suposta vulnerabilidade a reclamar um tratamento protetivo à parte economicamente inferior.

A utilização do poder econômico como forma de obtenção de vantagens contratuais é inicialmente natural e lícita nas relações interempresariais, sendo apenas vedado e punido apenas o abuso desse poderio.

Nessa linha, bem a Lei 12.529/11 que, logo em seu artigo primeiro, destaca:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (Grifo nosso).

Portanto, a menos que se identifique o abuso do poder econômico de uma parte, a relação contratual interempresarial deve ser interpretada de modo a considerar que as partes ocupam o mesmo nível, ou seja, não há vulnerabilidade ou hipossuficiência presumida em relação às mesmas.

Também quanto ao tema, o enunciado nº 21 da primeira jornada de direito comercial promovida pelo Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”

Por segundo, quanto ao elemento objetivo, os contratos empresariais se distinguem pelo objeto dos demais contratos de direito privado.

Como já antes destacado, nos contratos comerciais a intenção das partes ao contratar sempre coincidirá com o escopo especulativo, ou seja, busca-se o lucro. Não um lucro esporádico decorrente de uma eventual operação negocial de oportunidade, mas preponderantemente o lucro como resultado coincidente ao próprio objeto da empresa.

O elemento objetivo também se relaciona com a própria atividade empresarial, podendo ser considerado como essencial ao desenvolvimento e manutenção da empresa, pois é pelo atingimento dos resultados do objeto contratado que os objetivos do empresário ou da sociedade empresária são alcançados.

Nessa linha, o elemento objetivo do contrato comercial ganha vulto, já que, por proporcionar a consecução da atividade empresarial, insere-se também no âmbito de um relevante princípio, o da preservação da empresa.

Prosseguindo nesse raciocínio, porque elevamos a importância do elemento objetivo, o objeto contratado há de ser preservado tal como previsto pelas partes ao contratar, ou seja, enfatizando os efeitos decorrentes dos princípios da autonomia da vontade e principalmente da força obrigatória dos contratos.

Observadas assim as peculiaridades dos elementos que compõem os contratos comerciais, reforça-se a clara distinção entre estes e os demais contratos de direito privado, mas que, por opção legislativa, até o momento carece de previsão normativa.

2.2 Um elenco de normas e cláusulas gerais a serem adaptadas aos contratos comerciais

À falta de outras normas que servissem ao direito comercial, o Código Civil de 2002 tratou indistintamente tanto dos contratos civis como comerciais, despreocupado com as distinções antes mencionadas.

O diploma civil traz, especialmente na parte geral dos contratos, previsões legais que colidem com as características próprias das relações comerciais, como, por exemplo, as disposições contidas nos artigos 157, 317, 413, 473 e 478 a 480.

Sobre o art. 157 do Código Civil, que trata do vício da lesão fundado na in experiência como fator determinante a sustentar a anulação do contrato:

Art. 157 Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por **inexperiência**, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” (grifo nosso).

Tal dispositivo, embora de plena aplicação aos contratos civis, há de ser melhor interpretado no que tange aos contratos comerciais, e principalmente porque, como antes mencionado, as partes que integram um contrato comercial são presumidamente conhecedoras do seu objeto e, conscientemente, neste alocam os seus riscos.

O fator “inexperiência” há de ser abolido como autorizador da ação anulatória pelo vício da lesão, afinal ou o empresário é experiente e mal avaliou o contrato (e por isso não poderia se escusar ao seu cumprimento alegando ser inexperiente) ou é mesmo inexperiente quanto ao objeto e nele alocou o natural risco inerente à atividade empresarial.

De uma forma ou de outra, a anulação do contrato com fulcro no art. 157 do Código Civil, mormente pelo fator “inexperiência” não pode ser admitida quando o contrato em questão se subsumir a uma relação interempresarial, como bem reconheceu o enunciado nº 28 da primeira jornada de direito comercial promovida pelo Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “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 inesperienza.”

Imprescindível igualmente observar o quanto previsto no art. 317 do Código Civil, que trata da ampla possibilidade de revisão contratual, sem distinção quanto aos contratos comerciais:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, **poderá o juiz corrigi-lo**, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. (Grifo nosso).

O presente dispositivo assegura às partes contratantes a ampla possibilidade de revisão da avença fundada no desequilíbrio econômico do contrato, sem que hajam sido fixados parâmetros objetivos para tanto.

Obviamente, o citado artigo 317 do Código Civil expande significativamente as possibilidades de intervenção do Estado nas relações contratuais de direito privado, em claro prestígio ao dirigismo contratual.

Evidencia-se o poder do juiz sobre os contratos diferidos, mormente a trato sucessivo, pois a possibilidade de “correção” significa, em última análise, a alteração do pactuado, segundo a intenção unilateral de um dos contratantes, que pretende obter uma autorização judicial para modificar as bases de um negócio jurídico que, em princípio, atendia aos seus interesses.

Há evidente álea nos contratos diferidos, embora nem sempre as partes queiram arcar com os ônus decorrentes desse relevante fator, daí porque seja franqueado à parte interessada a possibilidade de dirigir pedido de revisão contratual ao judiciário.

Não se critica essa providência, tampouco se prega um retorno ao amplo liberalismo contratual, mas é inegável que a sobredita disposição legal vulnera sobremaneira a força obrigatória dos contratos.

Dadas as peculiaridades contratuais típicas da seara comercial, o eventual desequilíbrio econômico numa relação contratual a trato sucessivo é normal e ordinariamente previsível pelo empresário, que comumente aloca tais riscos na avença.

Nesse sentido, a opção pela revisão do contrato há de ser excepcional quando o negócio em questão se amoldar às particularidades comerciais, não se justificando a genérica hipótese de intervenção exógena nos contratos de direito comercial, alterando as bases do pacto, tal como em regra prevê o citado dispositivo.

Como exemplo da vertente que propõe imprimir aos contratos comerciais um maior prestígio à força obrigatória, como decorrência de uma abordagem diferenciada ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, tem-se o contrato de locação *built to suit* previsto no artigo 54-A da L. 8.245/91.

Tal contrato, introduzido na Lei do Inquilinato pela Lei 12.744/12, traz importante disposição que bem serve a corroborar a defesa do *pacta sunt servanda*, e por consequência do princípio da conservação dos negócios jurídicos, ao prever no parágrafo primeiro do art. 54-A a possibilidade das partes

previamente renunciarem ao direito de postularem a revisão do valor dos aluguéis.

Não é recente a conclusão sobre a possibilidade de renúncia dos contratantes a direito decorrente do contrato, mas é inegável que a disposição prevista no parágrafo primeiro do art. 54-A da L. 8.245/91 torna expresso e positivado o tema, antes então sem precedente normativo específico.

Ainda a respeito dos dispositivos legais gerais incidentes sobre os contratos tais como previstos no Código Civil, o artigo 413 é também relevante, pois que, sem diferenciar contratos civis e comerciais, estipula regras que em princípio norteiam soluções indistintas sobre a cláusula penal convencional:

Artigo 413. A penalidade deve ser **reduzida equitativamente** pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. (grifo nosso).

Refere-se a norma em comento à possibilidade conferida ao juiz de poder abrandar os efeitos da incidência da cláusula penal, quando a hipótese revelar uma de duas possibilidades: O cumprimento parcial da avença ou se a multa pactuada se mostrar excessiva, como quando for superior aos limites estabelecidos no art. 412 do Código Civil.⁸

Tal dispositivo, nítida cláusula aberta inspirada no princípio da eticidade, permite ao juiz, segundo os seus pessoais critérios de convencimento, concluir pela necessidade de se reduzir o *quantum* da cláusula penal, de modo a estabelecer um suposto equilíbrio de forças entre aqueles que disputam a aplicação da sanção.

Sem dúvida, o dispositivo se justifica à luz dos princípios que inspiram o Código Civil de 2002, sendo mesmo o reflexo de importantes postulados como a boa-fé, a função social dos contratos, a proporcionalidade etc.

Merece ser notado, entretanto, já sob a ótica das peculiaridades das relações negociais comerciais, que em quaisquer das hipóteses autorizadas da redução da cláusula penal, seja pelo cumprimento parcial ou pela excessividade da pena, é possível extrair-se uma certeza: O contrato não foi cumprido por culpa da parte que postula a redução da sanção.

Assim, um olhar mais atento sobre a aludida norma mostrará que, além de se tratar de mais uma evidente manifestação do dirigismo contratual, o citado dispositivo por certo serviria ao propósito inverso daquele para o qual fora criado, gerando um imprevisto desequilíbrio de forças entre os contratantes.

Como a desarmonia entre os contratantes foi inaugurada pela parte que não cumpriu a avença, a cláusula penal surge como meio de se abrandar os deletérios efeitos desse inadimplemento, restabelecendo o equilíbrio contratual que fora culposamente causado pela parte faltosa.

Quando o juiz interfere na relação contratual reduzindo a cláusula penal, o anterior desequilíbrio causado pelo descumprimento se agrava à parte

⁸ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

inocente, que se vê duplamente alijada de seus direitos, primeiro porque não alcançou o resultado contratual esperado; segundo, porque viu frustrar-se a sua lúdima expectativa de recebimento da multa contratual.

Por essas razões, e especificamente às relações contratuais interempresariais, não se mostra razoável que o citado art. 413 do Código Civil seja aplicado da mesma forma que a outros contratos, e principalmente porque nessas relações a cláusula penal acaba por servir não apenas de desestímulo ao descumprimento, mas também e principalmente como forma de abrandar os já naturais riscos decorrentes das contratações de natureza empresarial.

Especificamente sobre a cláusula penal, o já mencionado contrato de locação *built to suit* previsto no artigo 54-A da L. 8.245/91, expressamente prevê em seu parágrafo segundo que em caso de denúncia antecipada do contrato, ou seja, se a avença não for cumprida em sua totalidade tal como constante no instrumento escrito, será lícito ao locador exigir a integralidade da cláusula penal.

Nesse sentido, reforçando a força do pactuado, o elucidativo enunciado nº 67 da segunda jornada de direito comercial do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Na locação *built to suit*, é válida a estipulação contratual que estabeleça cláusula penal compensatória equivalente à totalidade dos alugueres a vencer, sem prejuízo da aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil.”.

Também evidenciando uma exacerbada intervenção do estado nas relações negociais, o parágrafo único do art. 473, combinado com o caput do mesmo dispositivo condicionam a eficácia da rescisão unilateral à redução de eventuais prejuízos decorrentes da denuncia imotivada.⁹

O sobredito artigo 473 do Código Civil claramente submete a eficácia dos efeitos da rescisão unilateral à verificação de uma condição, qual seja, a inexistência de prejuízos à outra parte, que supostamente surpreendida pela denúncia, deixou de auferir os resultados que havia previsto para aquele contrato.

Todavia, há de se recordar que a hipótese em comento é cabível apenas nos contratos que houverem sido firmados a prazo indeterminado, pois que somente nessas hipóteses é que se permite promover a aludida rescisão unilateral.

Consequentemente, o artigo 473 do Código Civil acaba por promover uma relevante limitação ao lúdimo direito que quaisquer das partes têm de pôr fim a uma relação negocial firmada sem prazo certo, impondo-lhes manter a avença mesmo contra a vontade.

Compreende-se que a intenção seja a de preservar a boa-fé, evitando que uma das partes seja surpreendida pela denúncia promovida pela outra, principalmente quando os fatos revelarem que a denunciante fez crer que a

⁹ Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos. (Grifo nosso)

denunciada teria a oportunidade de obter e fruir as vantagens do contrato denunciado, por “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”, mesmo em se tratando de um contrato firmado sem prazo certo.

Porém, ainda que se amolde aos contratos civis, tratando-se de uma relação contratual comercial por prazo indeterminado, contudo, a proteção à manutenção da avença, tal como estabelecida no art. 473 do Código Civil, não se justifica.

Tratando-se de um contrato comercial em que as partes concordaram por não determinar termo final, não há que se cogitar de qualquer surpresa quando uma delas promove a denúncia, inexistindo causa que justifique a manutenção forçada do negócio até que a denunciada obtenha a mitigação de eventuais prejuízos.

De fato, o condicionamento da eficácia da rescisão unilateral não se amolda à já mencionada presunção de sofisticação das partes contratantes nas relações interempresariais, que hão de conhecer o objeto a ser contratado, bem como os riscos alocados na avença.

Nessa mesma linha, e especificamente para os importantes contratos comerciais de agência e distribuição, surpreende a solução adotada pelo legislador ao conferir a mesma solução do artigo 473 ao art. 720 do mesmo diploma civil, *in verbis*: “Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente”.

Seja na generalidade do art. 473 ou na especificidade do art. 720, opção do legislador do Código Civil é evidentemente protetiva, conferindo ilusória segurança aos contratantes que hajam firmado contratos a prazo indeterminado, ao garantir-lhes a manutenção do pacto até que obtenham redução dos prejuízos gerados com uma denúncia supostamente prematura.

Porém, ainda que na hipótese seja marcante o primado da boa-fé objetiva, a solução encontrada pelo legislador não se coaduna com o natural trato das relações negociais empresariais, pois que o caráter protetivo imprimido nos aludidos dispositivos não encontra lugar num ambiente negocial em que o risco é inerente tanto aos contratos como à própria atividade.

Observa-se, por oportuno, que sequer a legislação do trabalho, naturalmente protetiva, traz igual previsão em favor do empregado que, mantendo com o empregador uma relação contratual a prazo indeterminado, é surpreendido como uma dispensa imotivada.

Igualmente pertinente observar o disposto no artigo 475 do Código Civil, que confere ao contratante inocente pelo inadimplemento inescusável da outra parte, escolher entre duas possíveis alternativas: dar por resolvido o contrato ou insistir na contratação utilizando os instrumentos processuais próprios cabíveis à espécie, sem descuidar, em ambas as hipóteses, do direito à percepção das perdas e danos decorrentes da falta contratual.¹⁰

¹⁰ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Tal dispositivo vem ao encontro do que se espera de uma relação contratual comercial, conferindo ao empresário contratante a prerrogativa de escolher a via mais adequada ao atendimento dos seus interesses quando vítima de inescusável descumprimento da outra parte.

A solução trazida pelo citado art. 475 do Código Civil, contudo, tem sido abrandada pela aplicação da teoria do adimplemento substancial, que propõe a vedação da resolução contratual quando, apesar do inadimplemento, a parte culpada houver cumprido expressiva parcela da avença.¹¹

Se considerarmos o princípio da conservação dos negócios jurídicos em seu plano geral, este considerado na manutenção da avença apesar do inadimplemento inescusável, o princípio do adimplemento substancial seria seu relevante expoente.

Entretanto, se o princípio da conservação dos negócios jurídicos for observado em um plano mais específico, em atenção à preservação dos limites objetivos da avença e em prestígio à força obrigatória dos contratos, o princípio do adimplemento substancial poderá se transformar em importante fator de desestabilização da relação negocial comercial.

Afinal, é mesmo evidente que o princípio do adimplemento substancial promove a relativização do disposto no art. 475 do Código Civil, pois subtrai ao contratante inocente a possibilidade de dar por resolvido o pacto mesmo ante o descumprimento injustificado da outra parte. Daí poderá se afirmar que a partir de certa parcela de cumprimento de um contrato diferido o devedor terá garantido o resultado objetivo pretendido, mesmo que ainda pendam parcelas a serem solvidas.

Embora se afirme que, nesses casos, o credor ainda contará com as ferramentas processuais que lhe permitem forçar o devedor ao cumprimento integral da avença, o resultado prático provavelmente conduzirá à frustração daquele, pois é certo que o contrato não mais estará sujeito à extinção e, por consequência, não haverá motivo outro a impor ao inadimplente dar cumprimento às obrigações pendentes.

Importa observar que, nesse caso, ao se reconhecer o adimplemento substancial, havendo prestações pendentes pela parte inocente, esta haverá de cumpri-las mesmo havendo sido vítima do inadimplemento da outra.

A título de exemplo, imagine-se um contrato de compra e venda comercial relativa a um bem móvel indivisível, sem que se tenha pactuado reserva de domínio, em que o preço haja sido parcelado e a tradição tenha sido combinada para após a sua liquidação.

Conforme propõe o princípio do adimplemento substancial, mesmo que o devedor do preço tenha inadimplido a integralidade do preço, mas desde que quitada relevante parcela da dívida, este poderia exigir a entrega do bem (com a consequente transmissão da propriedade), forçando o credor a dar cumprimento integral à obrigação de dar, sem possibilidade de adotar a resolução do contrato e

¹¹ Como ensina Alexandre Guerra: “Não se permite o rompimento do vínculo contratual em situações nas quais o adimplemento parcial se aproxime da prestação devida”. (Princípio da conservação dos negócios jurídicos. São Paulo: Almedina, 2016, p. 266).

sem que o inadimplente seja obrigado a antes cumprir o preço, conforme determina o art. 491 do Código Civil.

Nesse caso, restaria ao credor tão somente buscar a satisfação do seu crédito sobre o eventual patrimônio do devedor, incluindo-se o bem objeto da venda e compra.

Justamente por isso é que o princípio do adimplemento substancial há de se limitar às relações consumeristas, sendo excepcional a sua invocação nas relações civis e imprópria nas relações contratuais comerciais.

Prosseguindo à análise dos dispositivos gerais atinentes aos contratos, tais como previstos pelo Código Civil, e a sua aplicação aos contratos comerciais, é merecida a abordagem à possibilidade de resolução por onerosidade excessiva, como prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil¹².

Sem que se descuide da ampla aplicação desses dispositivos aos contratos tipicamente civis e mesmo consumeristas¹³, observa-se que, face às peculiaridades dos contratos mercantis, o espectro de incidência das soluções previstas para a resolução por onerosidade excessiva há de ser mitigada.

Com efeito, a intangibilidade das vontades manifestadas pelos empresários contratantes há de ser a regra, mesmo diante das genéricas hipóteses previstas entre os artigos 478 a 480 do Código Civil.

Nesse sentido o enunciado nº 25 da primeira jornada de direito comercial promovida pelo Conselho de Justiça Federal, ao esclarecer que “a revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

Importa observar que, apesar dos artigos em comento se referirem à resolução do contrato, e mesmo que também haja reservas quanto à ampla possibilidade de revisão forçada da avença nos contratos comerciais, não se pode negar que a iniciativa revisional é menos invasiva e, portanto, há de obviamente prevalecer sobre a resolução.

Nesse sentido, por evidente aderência ao tema, merece nota o enunciado nº 176 da terceira jornada de direito civil do Conselho de Justiça Federal, que assim se refere ao artigo 478 do Código Civil: “Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá

¹² Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹³ Art. “6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.”

Embora o referido enunciado se mostre mais adequado aos contratos civis, também aí já se percebe uma evidente tendência de preservação da vontade das partes, em claro prestígio à força obrigatória.

Evidentemente, tal enunciado verte uma interpretação mais simples ao princípio da preservação dos negócios jurídicos, propondo que se evite a resolução ante a possibilidade de revisão, mas inegavelmente admite tanto a extinção quando a intervenção do estado na alteração do pactuado.

Em razão disso, pela clara opção ao dirigismo contratual, é que tal enunciado mais se aproxima do Direito Civil, já que conforme ora se propõe, o princípio da conservação dos negócios jurídicos, quando aplicado aos contratos comerciais, mitiga qualquer intenção de alteração unilateral do pacto, mantendo-o tal como originalmente firmado.

3. O Projeto de Lei nº 1.572/11 - Novo Código Comercial

Em atendimento aos postulados próprios do direito comercial, notadamente quanto à imprescindível adoção de regras que sirvam a reconhecer as peculiaridades das relações interempresariais, surge como alento o Projeto de Lei nº 1.572/2011, propondo o Novo Código Comercial.

Desde a unificação codificada inaugurada pela L. 10.406/02, embora não se possa sequer cogitar de mínima perda de identidade, o direito comercial experimentou certa fragilização no que respeita às normas gerais regentes dos contratos, as quais, como já se observou, aplicam-se indistintamente tanto aos contratos civis como comerciais.

Nesse sentido, é mesmo alvissareira a notícia de avançada tramitação do referido Projeto de Lei 1.572/2011, cuja redação evidencia o resgate dos necessários postulados de direito comercial, traduzindo-os para a norma positivada.

Principalmente quanto aos contratos, destaca-se o artigo 303 do citado Projeto de Lei, *in verbis*:

Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial: I - autonomia da vontade; II - plena vinculação dos contratantes ao contrato; III - proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas; e IV - reconhecimento dos usos e costumes do comércio.

A redação do referido art. 303 já traduz a vocação do Novo Código Comercial, notadamente no que tange à valorização de relevantes princípios contratuais, os quais, como já dito, hão de ser interpretados de forma particular aos contratos comerciais.

Numa observação apressada, poder-se-ia concluir pela ausência de qualquer novidade, já que os contratos em geral são informados pelos mesmos princípios. Todavia, basta uma observação mais atenta para que se perceba a real intenção da proposta legislativa, qual seja, a mitigação do dirigismo contratual em prestígio ao

livremente pactuado pelas partes, destacando-se a redação do inciso II; “II - **plena vinculação dos contratantes ao contrato;**” (grifo nosso).

Do aludido Projeto de Lei, e especificamente sobre os contratos de direito comercial, destaca-se também o art. 305, *in verbis*:

Art. 305. No contrato empresarial, a vinculação ao contratado é plena. § 1º A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários. § 2º Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa.

Reiterando o que já havia sido anunciado no inciso II do art. 303, o *caput* do art. 305 enfatiza a total vinculação das partes ao pacto contratual, valorizando sobremaneira o *pacta sunt servanda*.

Com isso, ganha a segurança jurídica das relações mercantis, já que o trato negocial comercial será, em regra, imune às acessíveis formas de alteração do pactuado tais como genericamente previstas no Código Civil.

Não menos importantes as redações propostas aos parágrafos primeiro e segundo do aludido dispositivo, ambas de encontro ao dirigismo contratual e ao encontro do princípio da conservação dos negócios jurídicos comerciais.

Conclusão

Numa sociedade capitalista globalizada em que os recursos de investimentos são cada vez mais escassos e a concorrência se acirra em níveis não mensuráveis, o cuidado com as regras atinentes aos contratos comerciais se revela premente.

De fato, não há como se negar que nesse cenário o desenvolvimento econômico acaba por depender das escolhas feitas por investidores, avaliando os mercados para os quais dirigirão os seus recursos.

Obviamente essa avaliação considerará os fatores de redução de riscos para tais investimentos, dentre os quais a forma como os contratos interempresariais são tratados pelo direito.

É inegável que os contratantes baseiam as suas iniciais expectativas nos exatos limites do objeto contratado, e nisso fiam os almejados resultados. Portanto, quanto mais se prestigiar o pactuado e menos se interferir na relação interempresarial, maior será a segurança do negócio e menores os riscos decorrentes.

Nessa perspectiva, considerando tão somente o mercado brasileiro, pode-se afirmar que o cenário não é promissor ao empresário investidor, já que o pactuado, embora fruto de um contrato sem quaisquer máculas poderá, por dirigismo contratual ou intervenção provocada ao judiciário, não se manter fiel ao quanto originalmente firmado pelas partes.

Como resultado dessa instabilidade na condução das questões relativas aos contratos comerciais, a insegurança das relações negociais passa a ser a regra,

decorrendo daí a inegável incerteza do empresário investidor quanto a dirigir os seus recursos para este mercado.

Com isso, a livre iniciativa igualmente resta prejudicada, já que a insegurança jurídica gerada pela falta de tratamento distinto aos contratos comerciais conduz ao aumento dos já naturais riscos aos quais estará exposto o empresário, notadamente no mercado nacional.

Justamente por essa razão é que se reclama uma interpretação mais particularizada ao princípio da conservação dos negócios jurídicos para os contratos comerciais, conciliando a necessária função social dos contratos à imprescindível força obrigatória, de modo a que nesses pactos específicos se reflitam valores que se prestem a valorizar a livre iniciativa.

Por tudo isso é que ansiosamente são aguardadas boas novas a anunciarem o advento de um novo diploma legal a reconhecer e reger as relações negociais interempresariais, quiçá como um Novo Código Comercial.

REFERÊNCIAS

COELHO, F. U. **Direito e poder**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Curso de direito comercial**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

_____. **Tratado de direito comercial**. Obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla. **Tratado de direito comercial**. Obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.