

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – MESTRADO EM DIREITO

A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES
INTEREMPRESARIAIS COM DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Filipe Marmontel Nasi

Porto Alegre

2019

Filipe Marmontel Nasi

A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES
INTEREMPRESARIAIS COM DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção de grau de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da
Silva

Porto Alegre

2019

A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES
INTEREMPRESARIAIS COM DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor

Professor

Professor

Conceito: _____

Porto Alegre, 2019.

AGRADECIMENTOS

Considero que, apesar de individual, este é um trabalho coletivo. Agradeço, por isso, em primeiro lugar, ao meu orientador, Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva, pelas sugestões, conselhos e indicações bibliográficas, pois todos foram imprescindíveis para o aprofundamento das reflexões que culminam nesta dissertação. Em segundo lugar, agradeço à minha família e à minha namorada, pois não foram poucas as oportunidades em que os compromissos sociais tiveram de ser deixados de lado em benefício do bom andar do trabalho. E em terceiro lugar, com a mesma importância, agradeço aos amigos e colegas de TozziniFreire Advogados, com quem, em meio às atividades profissionais, sempre dividi opiniões e angústias sobre o objeto do estudo.

RESUMO

O presente trabalho analisa a sistemática dos contratos interempresariais caracterizados pela relação de dependência econômica de uma parte em relação à outra, expondo as características marcantes dessa gama de ajustes, os critérios para adoção dessa classificação e as hipóteses de *abuso de dependência econômica*. Em um segundo momento, trata da função corretora da boa-fé objetiva, avaliando as figuras parcelares que dela são extraídas pela doutrina (*nemo potest venire contra factum proprium*, *nemo auditur propriaum turpitudinem allegans*, *suppressio* e *surrectio, tu quoque* e adimplemento substancial) para delinear seus contornos e hipóteses de aplicação e investigar as situações em que invocadas pelos tribunais pátrios para solver casos concretos. Ao final, na terceira parte, buscam-se aproximar esses dois institutos, analisando-se as consequências da própria existência de dependência econômica em uma dada relação interempresarial para a aplicação da boa-fé objetiva em sua função corretora, investigando, especificamente, se nessas situações há alguma divergência em relação à ordinária aplicação da boa-fé objetiva como limitadora do exercício de direitos subjetivos e mecanismo de coibição do comportamento contraditório.

Palavras-chave: Dependência econômica. Abuso de dependência econômica. Função corretora da boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The present work analyzes the systematics of contracts between companies characterized by a relation of economic dependence of one party in relation to the other, exposing the characteristics of this range of adjustments, the criteria for adoption of this classification and the hypotheses of abuse of economic dependence. Secondly, it deals with the corrective function of objective good faith, evaluating the fragmentary figures drawn from it by the doctrine (*nemo potest venire contra factum proprium*, *nemo auditur propriaum turpitudinem allegans*, *suppressio* and *surrectio*, *tu quoque* and substantial performance) to delineate its contours and hypotheses of application and to investigate the situations invoked by national courts to solve specific cases. Finally, in the third part, these two institutes are correlated, analyzing the consequences of the existence of economic dependence on a given relationship between companies for the application of objective good faith in its corrective function, specifically investigating whether, in these situations, there is some divergence from the ordinary application of objective good faith as limiting the exercise of subjective rights and as a mechanism of inhibition of contradictory behavior.

Key words: Economic dependence. Abuse of economic dependence. Good faith.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA	13
1.1. A COLABORAÇÃO NOS CONTRATOS	13
1.2. OS CONTRATOS RELACIONAIS.....	21
1.3. A ASSIMETRIA CONTRATUAL	25
1.3.1. AS RELAÇÕES ASSIMÉTRICAS, O <i>TERZO CONTRATTO</i> E OS CONTRATOS DE ADESÃO	26
1.3.2. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	39
1.3.3. O ABUSO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA	53
2. A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS 68	
2.1 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ EM CONTRATOS EMPRESARIAIS	73
2.2 A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ OBJETIVA	79
2.2.1 <i>NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	88
2.2.2 <i>NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS</i>	96
2.2.3 <i>SUPPRESSIO E SURRECTIO</i>	100
2.2.4 <i>TU QUOQUE</i>	108
2.2.5 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	113
3. A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ EM CONTRATOS EMPRESARIAIS COM DEPENDÊNCIA ECONÔMICA	117
3.1 A CULPA DA VÍTIMA E O ÔNUS DA PARTE <i>FRACA</i>	119
3.2 A BOA-FÉ NA HIPÓTESE DE EFETIVO ABUSO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA	128
CONCLUSÃO	136
BIBLIOGRAFIA	140

INTRODUÇÃO

A visão tradicional do mercado, que coloca as sociedades empresárias como ilhas buscando interações e contatos apenas com seus clientes, não mais se sustenta. Atualmente, é inimaginável conceber que uma empresa atue de forma avulsa em relação a outros agentes, produzindo ou prestando serviços isoladamente e sem depender, para isso, de diversas interações com outras, sejam fornecedoras de matéria-prima, sejam prestadoras de serviços intermediários (segurança, limpeza, *facilities*), sejam aquelas responsáveis pela difusão do serviço prestado (aplicativos de celular, agências de publicidade e propaganda) ou pelo escoamento da produção (transportadoras, distribuidoras, operadores logísticos).

Essas relações entre empresas são importantíssimas para diminuição de riscos, redução de custos e aumento dos ganhos obtidos com a atividade empresarial, pois permitem que cada agente utilize sua *expertise* em uma etapa específica do processo produtivo, focando naquilo que efetivamente interessa para o seu negócio. Por isso, é cada vez mais raro ver sociedades empresárias que fabricam seus produtos *do zero*, internalizam atividades intermediárias e ainda sejam responsáveis pelo escoamento de sua própria produção, inclusive com venda ao cliente final. Melhor parece – e assim realmente se dá na generalidade dos casos – dividir todo esse processo produtivo e entregá-lo parcialmente a terceiros que, encarregados dessas atividades específicas, certamente poderão prestá-la de forma mais barata e eficiente.

Para ficar com um exemplo, veja-se que, na indústria automobilística, são denominadas *montadoras* as principais empresas do setor. É que seu processo produtivo, mesmo no que diz respeito ao *core business* (a produção de veículos automotores), se revela sensivelmente pulverizado entre diversas empresas parceiras, responsáveis pela confecção de peças específicas que são apenas reunidas por essas montadoras ao final. Isso sem falar em todos os sujeitos envolvidos após a finalização do produto, como transportadoras, revendedoras, instituições financeiras e mesmo seguradoras.

O fato é que as relações comerciais estabelecidas entre empresas possuem uma tônica toda própria. Isso porque, não raro, os contratos estabelecidos entre agentes do mercado apresentam como característica marcante a intenção de estabelecer-se entre elas uma verdadeira *relação*, e não uma interação comercial isolada, consubstanciada em uma única operação. Busca-se, noutras palavras, um parceiro comercial para o futuro, com o qual se possa estabelecer avença profícua a ambas as partes de forma dilatada no tempo.

Essa característica fica muito marcada, por exemplo, nas referidas relações estabelecidas entre montadoras de automóveis e empresas de menor porte que contribuem para

o seu processo produtivo. Nesses casos, o processo de validação técnica de um fornecedor pela montadora é tão complexo e demorado que seria inimaginável uma constante troca de parceiros, sob pena de suportarem-se custos enormes a cada oportunidade. Assim, a intenção de ambas as partes acaba sendo a de estabelecer uma relação duradoura e protraída no tempo, afastando as dificuldades de uma repetida modificação de parceiros.

Nessas situações, há uma interação fundada naquilo que se convencionou denominar de *contrato relacional*, figura criada no direito norte-americano e posteriormente trazida ao Brasil pela via doutrinária. São contratos que têm como predicado, justamente pela relação duradoura que por seu intermédio se pretende constituir, um acentuado nível de *colaboração* entre as partes envolvidas, que devem atuar conjuntamente para que o ajuste se desenrole da forma mais benéfica possível, não apenas colaborando para que a contraparte possa cumprir suas obrigações (o que, como se verá, é próprio do direito das obrigações como um todo), mas também atuando de forma a possibilitar o incremento dos resultados obtidos por ambas, em uma lógica de *ganha-ganha*.

Esses são, por isso, os pontos iniciais deste trabalho, avaliados já nos primeiros itens que seguem: os *contratos relacionais*, avaliados especialmente para separá-los dos contratos *descontínuos*, *de intercâmbio* ou *de troca*, evidenciando as marcas que os diferenciam; e, dentre elas, a ideia de *colaboração*, buscando-se estabelecer as diferenças entre a colaboração exigida no âmbito do direito das obrigações em geral daquela que é marca dos *contratos de colaboração* propriamente ditos.

O primeiro capítulo desta dissertação prossegue, após essa análise, fazendo uma separação dentro do amplo universo das relações interempresariais para tratar do tema da *assimetria contratual*, confrontando aqueles contratos que, embora *relacionais* e dotados de elevada *colaboração*, sejam estabelecidos entre sujeitos de mesmo porte e poderio, daqueles – estes sim, cerne do estudo – levados a cabo entre sociedades empresárias de acentuada divergência econômica, dela decorrendo uma diferença de *poder* muito relevante para a correta compreensão desses contratos. Ou seja: separam-se as relações *simétricas* das *assimétricas*, focando nas últimas para avaliar a sistemática que lhes é própria.

Adentrando especificamente no âmbito das relações assimétricas, o trabalho avança avaliando aquilo que a doutrina italiana convencionou denominar de *terzo contratto*, isto é, a gama de interações contratuais estabelecidas não entre fornecedores e consumidores (“B2C”) ou entre empresas consideradas paritárias (“B2B”), mas pontualmente aquelas levadas a efeito entre dois sujeitos que, a despeito de igualmente *empresários*, padeçam de sensível diferença

de poderio, porte e, assim, poderes (“B2b”). E nessa seara, como não poderia deixar de ser, analisa-se, ainda que brevemente, a questão relativa aos *contratos de adesão*, medindo as consequências que a forma de ajuste do instrumento contratual (*negociado* ou *por adesão*) traz para essas relações interempresariais.

Progredindo na linha traçada para o estudo, a dissertação então ingressa no tema dos contratos interempresariais que, além de *assimétricos* e *relacionais*, possuem uma característica muito peculiar: a dependência econômica de uma parte (a mais *fraca*) em relação à outra (a mais *forte*¹). Afinal, quando estaria caracterizada a efetiva dependência econômica? Quais seriam as balizas a serem postas para chegar-se à conclusão de que a relação estabelecida entre duas empresas realmente é marcada por essa característica? Como diferenciar-se uma relação simplesmente assimétrica de outra em que se faça presente o *plus* da dependência econômica?

A resposta a esses questionamentos forma a premissa para chegar-se a um segundo momento da avaliação aqui feita, representado por outra pergunta: quando há *abuso de dependência econômica* e de que maneira isso se manifesta concretamente nas interações interempresariais? Veja-se que essa é uma questão extremamente relevante porque, diferentemente do que se poderia compreender em uma primeira análise, não há nada de ilícito em estabelecerem-se relações contratuais assimétricas e mesmo com dependência econômica – ao contrário, essa é uma característica do mercado, como recém apontado. Há, todavia, situações em que daí desdobram-se condutas abusivas da parte mais *forte* em relação à mais *fraca*, e nelas, aí sim, o Direito deve agir de forma exemplar. A primeira parte deste trabalho, por isso, se encerra desta forma: avaliando os principais contornos do *abuso de dependência econômica* e, particularmente, a forma com que referido instituto é tratado pelo direito brasileiro.

A segunda parte da dissertação deixa de lado a questão da dependência econômica para tratar especificamente de um dos mais importantes institutos do direito civil pátrio, sobretudo a partir do advento do Código Civil de 2002: a boa-fé. Isso, contudo, dada a restrição do objeto da dissertação às interações interempresariais, exige que primeiramente se trate da própria possibilidade de aplicar-se a boa-fé em relações dessa espécie, avaliando-se, a partir das divergências doutrinárias estabelecidas especialmente em nível internacional, a extensão que se deve conferir ao princípio em contratos entabulados entre empresários, presumidamente

¹ Daqui em diante, por uma necessidade de uniformização, serão utilizados os termos “parte mais *fraca*” e “parte mais *forte*” para denominar, respectivamente, as partes de maior ou menor capacidade econômica em certa relação contratual. Assim, por exemplo, seriam *fortes* o fornecedor em um contrato de distribuição, o representado em um contrato de representação comercial e o franqueador em um contrato de franquia; nessas mesmas situações, seriam *fracos* o distribuidor, o representante e o franqueado.

profissionais e dotados de conhecimento técnico suficiente para negociá-los de maneira adequada. E como se verá, essa é uma discussão intrincada.

Estabelecida a questão relativa à própria aplicabilidade da boa-fé no âmbito dos contratos interempresariais, o ponto seguinte consiste em estreitar o objeto do estudo para tratar particularmente de uma das funções desse instituto, a *função corretora*, por meio da qual se presta a reprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas e, especialmente, a adoção de condutas contraditórias por um certo sujeito. Nesse sentido, sem menoscabo às igualmente importantes funções interpretativa, integradora e criadora de deveres anexos, avaliam-se pontualmente as *figuras parcelares* da boa-fé objetiva em sua função corretora: *nemo potest venire contra factum proprium*, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, *suppressio*, *surrectio*, *tu quoque* e adimplemento substancial.

Para cada uma dessas figuras, é dedicado um item específico – exceto no caso da *suppressio* e *surrectio*, tratadas conjuntamente –, a fim de que sejam expostos seus principais contornos doutrinários e legais, quando possível. Na mesma oportunidade, são expostos julgados colhidos do ementário dos principais tribunais do país, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, buscando evidenciar a forma abrangente e difundida com que algumas delas são aplicadas como argumento central de decisões tomada pelos julgadores, mostrando, assim, a relevância do instituto da boa-fé na jurisprudência desses tribunais.

O estudo dessas figuras parcelares e da função corretora da boa-fé objetiva em si representa o ponto de ligação para a terceira parte desta dissertação, na qual são aproximados os institutos da dependência econômica e da boa-fé para abordar situação habitual em contratos dessa natureza: como tratar uma possível conduta contraditória adotada pela parte mais *fraca* da relação que, depois de findo o liame mantido com a parte mais *forte*, se volta contra determinados de seus atos para, com isso, buscar reparações decorrentes de imposições ou descumprimentos pela contraparte perpetrados na vigência da relação? Isto é: o fato de haver dependência econômica de uma parte em relação à outra deveria recomendar uma avaliação distinta da operacionalização da função corretora da boa-fé nessas relações? Ou, independentemente dessa peculiaridade, o sistema deveria agir sempre para evitar condutas contraditórias e, assim, dar ampla vigência à boa-fé?

Essas são as questões a serem expostas nessa última parte do trabalho, para o que, claro, serão necessários diversos pressupostos colocados ao longo de toda a exposição, aproximando-as sempre que necessário para que, com isso, possam ser encontradas respostas adequadas. A solução do problema, adiante-se, então é dividida em dois grupos, tratados separadamente pelo

entendimento de que as consequências de cada hipótese são distintas: de um lado, são consideradas aquelas situações em que a parte mais *fraca*, durante a vigência da relação, deixa de manifestar sua insurgência para com um certo descumprimento do contrato ou uma certa imposição ilegítima efetuada pela parte mais *forte*, seja por receio de que isso pudesse comprometer a continuidade da relação, seja porque efetivamente entendeu aceitável a conduta adotada pela contraparte; de outro, aquelas em que essa mesma parte, a mais *fraca*, efetivamente externa seu descontentamento frente à parte mais *forte* quanto a uma dada circunstância concreta, mas a última, sabedora da importância econômica do ajuste para sua contratante e confiante de que medidas mais drásticas não serão adotadas a respeito, deliberadamente deixa de atender aos requerimentos efetuados, assim abusando – e tornando ilícita – da dependência econômica que, *a priori*, nada tinha de irregular.

Esse é o roteiro a ser seguido nos itens que seguem, nos quais buscar-se-á oferecer respostas a todos esses questionamentos a partir da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema. Antes disso, porém, alguns esclarecimentos devem ser feitos a respeito do recorte metodológico adotado.

O primeiro diz respeito ao fato de que esta dissertação tratará especificamente das relações contratuais de cunho comercial ou empresarial, como adiantado, e não a todo e qualquer liame que venha a unir duas partes. Essa ressalva é feita porque a assimetria que será analisada já a seguir pode se dar não apenas em interações entre empresas, mas também em diversos outros nichos contratuais, como nas relações de trabalho², de consumo³, nas contratações com o poder público⁴ ou nas relações esportivas⁵.

Ainda que a assimetria existente na relação de emprego ou nas relações de consumo, por exemplo, seja igualmente importante – inclusive porque, nessas situações, habitualmente também há dependência econômica – não é esse o núcleo do trabalho. Aqui, o intuito é abordá-la pontualmente nas relações eminentemente comerciais, avaliando-se a forma com que isso se manifesta no âmbito empresarial nas hipóteses em que há “*contrapposizione tra due soggetti di mercato dotati di diversa forza contrattuale*”⁶.

² GUEIROS, Daniele Gabrich. Autonomia privada: conversas com o jovem Roppo. *Revista de Direito Privado*, vol. 89/2018, pp. 71-91, maio/2018.

³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14/1995, pp. 20-27, abr-jun/1995.

⁴ PESTANA, Márcio. A exorbitância nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1/2017, pp. 141-161, abr.-jun./2017.

⁵ VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. A hipossuficiência na relação clube-atleta. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, vol.20/2011, pp. 93-111, dez/2011.

⁶ PALUMBO, Donatella. *La relazioni asimmetriche tra imprese*. Tese de Doutorado, Università degli Studi del Molise. Orientador: Prof. Andrea Barenghi, 2004-2005, p. 55.

Um segundo esclarecimento a ser feito é no sentido de que não se ignoram as importantíssimas consequências que a dependência econômica gera para efeitos de direito concorrencial, especialmente quando capaz de afetar mercados relevantes ou gerar situação “anticompetitiva”⁷, já que “não somente a relação entre as partes é afetada pelo abuso de dependência econômica, mas também as condições de mercado podem ser decisivamente influenciadas”⁸. Apesar disso, o objeto deste trabalho está ligado mais aos aspectos eminentemente *contratuais* do instituto, como se verá adiante. O objetivo do trabalho, noutros termos, é medir as repercussões da dependência em um cenário interno, ou *micro* (entre as partes envolvidas no contrato), e não em um cenário externo, ou *macro* (no mercado como um todo). Daí que, sem desprezo à relevância da discussão para efeitos anticoncorreciais⁹, o objeto do estudo seja desde logo delimitado.

⁷ DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. *Revista de Direito Privado*, vol. 59/2014, pp. 91-120, jul-set/2014.

⁸ DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. *Revista de Direito Privado*, vol. 59/2014, pp. 91-120, jul-set/2014.

⁹ No Brasil, o tema é tratado em detalhes, especificamente no âmbito dos contratos de distribuição, em: FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 245 e ss.

1. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Como recém referido, o propósito deste trabalho é avaliar a forma com que se dá a atuação do instituto da boa-fé objetiva, em sua função corretora, nas relações contratuais interempresariais marcadas pela dependência econômica de uma parte em relação à outra (da *fraca* em relação à *forte*, na denominação que será utilizada doravante). Para isso, revela-se indispensável, em um primeiro momento, assentar alguns pressupostos que constituem os alicerces dessa análise, criando os marcos mais gerais para posterior aprofundamento do tema específico. Inicie-se, assim, pela questão da forma de incidência da *colaboração* nos contratos.

1.1. A COLABORAÇÃO NOS CONTRATOS

Um grande pressuposto para avaliação dos contratos empresariais está na percepção de que absolutamente qualquer contrato, mesmo os de troca puramente instantâneos, envolvem e dependem de um certo grau de colaboração entre as partes envolvidas. Há que se diferenciar, contudo, aquela colaboração meramente estrutural, necessária para o próprio adimplemento das obrigações, sejam elas quais forem, daquela colaboração que é marca de uma certa gama de contratos.

Um bom exemplo que se pode dar a respeito dessa primeira categoria é o da compra e venda de um automóvel. *A priori*, não se trata de um contrato de colaboração propriamente dito, pois envolve uma simples troca – um veículo por uma certa quantia de dinheiro. Deve-se perceber, entretanto, que mesmo nessa situação há necessidade de alguma cooperação de parte a parte, dada a necessidade de assinatura do documento de transferência e a realização das diligências correspondentes junto aos órgãos públicos de trânsito para formalização do ajuste. A cooperação é necessária e indispensável, ainda que não se trate de um elemento caracterizador do negócio levado a cabo.

A colaboração exigida nesse exemplo, entretanto, não se confunde com aquela própria da segunda categoria – dos contratos *de colaboração* propriamente ditos. Isso porque, no caso da compra e venda do automóvel, a colaboração não tem qualquer relação com a motivação das partes para formalização do contrato, mas, ao contrário, é uma exigência do interesse que elas têm na efetivação mais breve possível do negócio que alinhavaram. Nesse caso, a colaboração pode ser chamada de *estrutural*, porque ligada à própria possibilidade de cumprimento da prestação de um dos contratantes, e não à motivação para a contratação. Ela deriva do “*mecanismo natural del contrato y dentro de los límites razonables de sacrificio – ha de servir*

no sólo para alcanzar la finalidad particular de los interesados, sino la meta misma del contrato”¹⁰.

Já no primeiro capítulo do primeiro volume da obra *Teoria Generale delle Obligazioni*, Emilio Betti, ao estipular a “*differenza essenziale*” entre as obrigações e os direitos reais, se debruça de alguma maneira sobre esse tema. Afirma, nessa linha, que “*nei rapporti di diritto reale si resolve un problema di attribuzioni di beni, nei rapporti di obbligazione, invece, un problema di cooperazione o di riparazione nell’ipotesi di responsabilità aquiliana*”¹¹. De fato, uma das marcas distintivas entre os direitos reais e as obrigações está justamente na circunstância de que, nos primeiros, o exercício do direito independe de cooperação de outrem, enquanto nas segundas, em se tratando de relações interpessoais, a cooperação das partes é indispensável para a própria estrutura da obrigação. Tudo isso porque, como refere Francesco Carnelutti, “a situação de *dominus* e a situação de *creditor* pertencem a duas espécies radicalmente diversas das situações jurídicas ativas, sendo a primeira verdadeiramente um direito e a segunda uma faculdade”¹². Dessa forma, se a cooperação se faz presente no direito das obrigações como um todo (contrapondo-se à *atribuição* própria dos direitos reais), não há contrato sem ao menos essa *cooperação estrutural*, necessária para o próprio fim do ajuste levado a efeito pelas partes – o adimplemento.

A obra de Enzo Roppo também traz referência a esse tema, pois n’O Contrato, o autor distingue os *efeitos reais* dos *efeitos obrigacionais* dos contratos, destacando que, por meio desses últimos, “as partes adquirem só direitos a pretender determinados comportamentos da contraparte, que, por sua vez, assume a obrigação de mantê-los – precisamente, crédito e obrigações”¹³. E se assim é, se o credor *adquire* o direito de obter determinado comportamento da contraparte, também *adquire* o direito de exigir a cooperação necessária a esse fim, ainda que determinadas condutas necessárias para isso não tenham sido expressamente previstas no contrato.

Daí não se afasta o argentino Juan Carlos Rezzónico, que colhe das lições de Emilio Betti para afirmar que “*en las relaciones de derechos reales existe un problema de atribución de bienes, en tanto en las de obligaciones la cuestión reposa en la cooperación (o reparación, si es responsabilidad aquiliana)*”. E segue: “*mientras en las relaciones propias de los derechos*

¹⁰ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 476.

¹¹ BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obligazioni, vol. I, prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1953, p. 10.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 301.

¹³ ROPPO, Enzo. *O Contrato* (trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988, p. 213.

*reales la buena fe impone no ocupar o dañar la cosa ajena (...), en las relaciones obligacionales se requiere un comportamiento positivo de cooperación y la bona fides consiste en observar la conducta que conduzca al cumplimiento positivo de la expectativa de la contraparte*¹⁴.

Em Portugal, Antunes Varela trabalha a mesma sistemática em obra específica sobre o direito das obrigações, pontuando “o direito real como poder directo e imediato sobre a coisa; a obrigação como relação de cooperação”¹⁵. Para o autor, a obrigação seria um “direito à prestação, só realizável através do intermediário, que é o devedor”; assim, “mesmo quando a prestação tenha por objecto certa coisa, o credor necessita da cooperação do devedor para obtê-la, mediante o cumprimento”¹⁶.

Para além dessa cooperação *estrutural*, própria de todo o direito das obrigações, há uma segunda espécie de colaboração a ser considerada, que é aquela decorrente da boa-fé. Isso porque uma das funções da boa-fé é justamente aquela que possibilita a criação de deveres anexos aos previstos expressamente em contrato, com vistas ao cumprimento das obrigações assumidas pelas partes e o efetivo adimplemento daquilo a que se comprometeram. É que a boa-fé, no âmbito das obrigações “determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui”¹⁷, exigindo a colaboração das partes para praticarem atos que, ainda que não expressamente previstos em contrato, sejam necessários ao efetivo adimplemento.

A terceira categoria a ser considerada, finalmente, é a daquela colaboração que é característica dos *contratos de colaboração* propriamente ditos, que se distinguem dos demais pela existência de uma cooperação que marca a própria motivação das partes para contratar. Essa é aquela colaboração existente quando as partes possuem objetivos semelhantes e voltados a uma mesma direção, razão pela qual se unem para, cooperando uma com a outra, atingir esse fim. Ou, como pontua Judith Martins-Costa, aquela *cooperação intersubjetiva*, “distinta daquela exigível em contratos instantâneos, atomizados, bem como naqueles em que a estrutura

¹⁴ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos* – Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 476.

¹⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 189.

¹⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 189-190.

¹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

dos interesses contratuais é fundada na contraposição”¹⁸. Aqui exige-se, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, “fortemente colaboração”¹⁹.

A doutrina dos *contratos de colaboração* em sentido estrito, aliás, representa uma quebra do paradigma anterior, em que as partes de um contrato se colocavam sempre em polos antagônicos. Isso porque, como analisa Arnoldo Wald, “os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, de cooperação e de organização”²⁰.

A distinção ordinariamente feita pela doutrina nesse campo vem de Jhering²¹, que propôs dividir os contratos em duas espécies: os contratos de intercâmbio (que envolvem trocas propriamente ditas) e os contratos com “solidariedade de interesses”. Os primeiros seriam aqueles em que “o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra”²²; os segundos, unicamente os contratos de sociedade, nos quais os esforços e riscos seriam suportados por todos os sócios.

Diferentemente dessa concepção mais *clássica* de posições antagônicas, nos contratos de colaboração as partes têm objetivos semelhantes e na mesma direção, de modo que a relação, ao menos idealmente, é de “ganha-ganha”. O sucesso do negócio para uma das partes é, no fim das contas, o sucesso para a outra, pois, “na colaboração o fim econômico visado pelos contratantes se alcança por meio da união das prestações devidas”²³.

O elemento distintivo entre os contratos tidos como *de colaboração* e os demais, assim, pode ser considerado a forma de distribuição dos riscos e da álea entre os contratantes, pois, nessa espécie, a álea é *interdependente* entre os contratantes. Se um ganha, o outro ganha; se um perde, o outro perde. Não por acaso, dois sinônimos frequentemente atribuídos a essa categoria são de “contratos de escopo comum” ou “contratos de causa associativa”.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio* in *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado* (coord. Ana Frazão e Gustavo Tepedino). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 533.

¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Parecer. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

²⁰ WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 845/2006, pp. 81-94, mar/2006.

²¹ JHERING, Rudolf von. *L'évolution du droit*, 3. Ed. (trad. O. de Meulenaere). Paris: Marescq, 1901, p. 86.

²² FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 179.

²³ THEODORO Júnior, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista dos Tribunais*, vol. 825/2004, pp. 35-74, jul/2004.

Segundo Jhering²⁴, o “comércio jurídico” (*commerce juridique*) não se limitaria ao “comércio de trocas” (*commerce d'échanges*). Abrangeria, também, um segundo nicho de avanços que diz respeito à “*réunion de plusieurs personnes en vue d'un but commun*”. A primeira categoria seria marcada pela diversidade dos interesses e necessidades (*besoins*) e, assim, pela existência de prestações recíprocas entre si. A segunda, por sua vez, pela situação em que as necessidades (*besoins*) seriam idênticas entre os contratantes, cujos interesses estariam voltados a um mesmo objetivo.

Pela teoria de Paula Forgioni, os contratos de colaboração seriam um “meio-termo” entre os contratos de intercâmbio e os contratos de sociedade, colocados em polos antagônicos por Jhering. É que, de acordo com a autora, a partir da segunda metade do século XX, houve necessidade de um regramento suficiente para as novas formas de interação entre empresas, que não se davam nem por meros contratos de intercâmbio isolados, nem por meio de uma sociedade formalmente constituída desde o ponto de vista societário. Por isso, os contratos de colaboração seriam aqueles em que “as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos”²⁵.

A justificativa para ascensão dos contratos de colaboração, nessa linha, esteve em dois fundamentos: de um lado, na “necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação)”;

e, de outro, na “fuga da rigidez típica dos esquemas societários”.²⁶ Essas circunstâncias são muito marcadas, por exemplo, no consórcio, em que as partes se unem para consecução de um objetivo comum, mas “preservando cada consorciado a sua independência patrimonial e autonomia”²⁷.

A intenção por trás dos contratos de colaboração, dessa forma, é a de permitir a associação de contratantes do modo mais eficiente possível. Deixam-se de lado operações isoladas por conta dos custos de transação inerentes a essa escolha, mas também se afasta a possibilidade de uma vinculação societária em função das implicações severas que isso tem, especialmente na realidade brasileira, sob o prisma trabalhista e tributário. Gunther Teubner,

²⁴ JHERING, Rudolf von. *L'évolution du droit*, 3. Ed. (trad. O. de Meulenaere). Paris: Marescq, 1901, p. 86.

²⁵ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 191.

²⁶ FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 136.

²⁷ AZEVEDO, Ciro Rangel; TEIXEIRA, Pedro Teixeira. Notas sobre o contrato de consórcio empresarial. *Revista de Direito Privado*, vol. 76/2017, pp. 91-114, abr/2017.

falando especificamente sobre o contrato de distribuição, menciona como grande benefício desse tipo de ajuste a possibilidade de que as partes mantenham próximas relações sem implicações societárias ou trabalhistas²⁸.

Outro aspecto a que faz referência Paula Forgioni diz respeito ao fato de que “o estudo dos contratos colaborativos deve necessariamente considerar os motivos que levam à não adoção do comportamento oportunista”. É que, se é próprio dos agentes econômicos adotar comportamentos “egoístas” e tendentes a gerar o melhor resultado para si, por qual motivo eles agiriam de forma diferente nos contratos de colaboração?

A resposta para esse questionamento está justamente na referida “interdependência de resultados” que caracteriza os contratos de colaboração. As partes cooperam não necessariamente porque desejam que a contraparte obtenha resultados favoráveis, mas sim porque têm ciência de que não há como lucrar o máximo possível sem que ambas ajam de forma conjunta e voltada a um mesmo objetivo. A teoria da Análise Econômica do Direito, aqui representada por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, sobre isso refere que uma das finalidades do direito dos contratos é justamente a de estimular os contratantes a agir de forma “cooperativa e honesta”, produzindo “efeitos mutuamente benéficos ao neutralizar a tentação de qualquer um agir de forma oportunista”²⁹.

Judith Martins-Costa, por sua vez, reconduz o tema à ideia de *nostra res agitur*. Para a autora, o elemento distintivo dessas relações “é a existência de um fim comum a ligar os contratantes”, pois “há, para os figurantes, o dever de agir no sentido de proteger os interesses que são comuns”³⁰. Os contratos de colaboração, especificamente, são aproximados à categoria em que a *nostra res agitur* é “conjuntural”, nos quais as partes atuam juntas para alcançar o “sucesso do projeto”, partilhando consequências financeiras de acordo com o sucesso do empreendimento – habitualmente no setor de construção civil, como salientado pela autora. Nesses casos, o grau de conjugação de esforços seria tão elevado que seria considerado por

²⁸ “The second legal construction stressed the residual autonomy of the sales outlets, that is, the independent pursuit of their own profits. This made it possible for the distribution systems to set clear limits against employment relationships on the one hand and partnership relationships on the other” (TEUBNER, Gunther. *Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in german law in Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*. Disponível em https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852637/Franchising_and_the_law.pdf)

²⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito* (trad. Rachel Sztajn), 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 418.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 350.

alguns como uma “sociedade fictícia que, embora não contemple, obrigatoriamente, a constituição de um ente, emprega ‘algumas técnicas próprias da sociedade contratual’”³¹.

É claro que, por vezes, especialmente em contratos de maior complexidade, o elemento colaborativo se faz presente em algumas previsões, mas seguido de contraposições de interesses mais diretas em outras. É para isso que chama atenção Antônio Junqueira de Azevedo, referindo que diversos contratos, “por força de alguma obrigação a ele anexa, acabam se aproximando muito dos de outra espécie”. Por isso, contratos como os de fornecimento de atividade ou produto (franquia e distribuição, nomeadamente) exigiriam intensa colaboração, mas não seriam *contratos de colaboração* em sentido estrito, como no caso do consórcio, em que “seu objeto é regular a cooperação”³².

O alerta feito pelo autor, noutros termos, é de que, ainda que diversos tipos contratuais pressuponham uma grande colaboração entre as partes, como a franquia e a distribuição, nestes casos a cooperação não seria um elemento caracterizador do tipo. Seriam contratos de colaboração por excelência, nesse sentido, apenas aqueles ditos *associativos*, como os de *joint venture*, consórcio ou mesmo o contrato de sociedade, nas lições de Ascarelli³³.

Essa posição mais restritiva de Antônio Junqueira de Azevedo, porém, parece não ser a mais ressonante na doutrina, que largamente reconhece como contratos de colaboração os de distribuição, por exemplo. Paula Forgioni, nessa linha, pontua que, no caso do fornecimento e da distribuição, ainda que sejam mantidos segregados os custos, fontes de receitas, patrimônios e obrigações, as áleas são interdependentes, uma vez que “quanto maiores as vendas ao consumidor final, maiores os proveitos para ambas”³⁴.

Vera Jacob de Fradera³⁵ posiciona-se na mesma linha, afirmando que “no contrato de distribuição, a exigência de cooperação é extremamente relevante, sendo um elemento essencial para o atingimento de seu escopo”. E mais adiante: “além de ser qualificado como contrato de colaboração, a distribuição tem uma duração no tempo, bem mais longa do que a maioria dos contratos, motivando manifestação da doutrina, no sentido de dar-lhe uma especial

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 364.

³² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, pp. 115-137, fev/2005.

³³ ASCARELLI, Tullio. O contrato de sociedade *in* Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945.

³⁴ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

³⁵ FRADERA, Vera Jacob de. Contrato de Distribuição *in* *Tratado de Direito Empresarial (coord. Modesto Carvalhosa)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

denominação”. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro já se manifestou nesse idêntico sentido, afirmando, em um caso que envolvia contrato de distribuição de combustíveis, que “em contratos de colaboração, como o da espécie, o que há é uma parceria comercial, mediante a qual ‘os empresários articulam suas iniciativas e esforços com vistas à criação ou consolidação de mercados consumidores para certos produtos’”.³⁶

Dessa feita, apesar da categorização mais restritiva proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, parece razoável dizer que a maior parte da doutrina, assim como o STJ, adota um critério mais maleável para conceituar os contratos de colaboração, inserindo nesse âmbito não apenas os que o são *por excelência*, como consórcio e a *joint venture*, mas também aqueles em que a cooperação de parte a parte é mais acentuada do que nos ajustes de simples troca.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.195/TO. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/05/2012.

1.2. OS CONTRATOS RELACIONAIS

Se os contratos de colaboração constituem um terreno fértil para a avaliação do tema da dependência econômica que será feita adiante, é igualmente importante terem-se bem presentes algumas linhas sobre os contratos tidos como *relacionais*, em contraposição àqueles puramente *descontínuos*.

A bem da verdade, as categorias analisadas no presente item e no anterior são dissociadas, uma vez que, no caso dos contratos de colaboração, a contraposição é feita frente aos contratos de simples *troca*, a partir da doutrina de Jhering. A análise de ambas, contudo, se revela importante para o cerne deste trabalho, pois é sobretudo no âmbito de avenças que delas comungam que se revela mais marcante o tema da dependência econômica.

De acordo com a doutrina dos contratos relacionais, criada por Ian Macneil³⁷⁻³⁸, as relações contratuais deveriam ser vistas, em alguns casos, não apenas com o enfoque sobre as trocas que elas envolvem, mas também sobre a relação entre os contratantes que elas constituem, criam e representam. Os contratos relacionais, nesse sentido, se oporiam aos *contratos descontínuos*, em que as trocas são vistas isoladamente e sem repercussões sociais ou no próprio relacionamento mantido pelas partes, pois, conforme pontua John Murray Jr., esse era o reconhecimento, por Macneil, de que “*contract relationships that extend far beyond the original offer and acceptance and insisted that contract rights and duties should be determined within the overall context of continuing relationships*”³⁹.

A teoria de Macneil chegou ao Brasil pelas mãos de Ronaldo Porto Macedo Jr., para quem seriam relacionais todos os contratos duradouros⁴⁰ que “têm por objeto colaboração (sociedade, parcerias, etc.) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para poder atingir os seus fins, como os de distribuição e franquia”⁴¹. Tais contratos,

³⁷ MACNEIL, Ian. Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical seminar in *Implicit dimension of contracts: discrete, relational and network contracts* (ed. David Campbell, Hugh Collins e John Wightman). Oxford: Hart Publishing, 2003.

³⁸ MACNEIL, Ian. Relational contract: what we do and do not know. *Wisconsin law review*, 483/1985, pp. 483-525. Disponível em http://www.cisr.ru/files/publ/lib_pravo/Macneil%201985%20Relational%20contract.pdf

³⁹ MURRAY JR., John E. Contract theories and the rise of neoformalism. *Fordham law review*, vol. 71/2002, pp. 869-913. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3869&context=flr>

⁴⁰ Como bem pontua Judith Martins-Costa, “conquanto não se confundam ‘contratos duradouros’ e ‘contratos relacionais’, habitualmente os contratos duradouros são dotados de ‘relacionalidade’” (MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio in O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado* (coord. Ana Frazão e Gustavo Tepedino). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 533).

⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual.

segundo o autor, tendem a criar “relações contínuas e duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua”⁴².

Uma contraposição bastante representativa que se pode fazer neste ponto é a do clássico exemplo do sujeito que, ao dirigir por uma estrada, avista um posto de gasolina, para, abastece o tanque e segue viagem ao destino. Nessa hipótese, que revela contrato puramente descontínuo, as partes não almejam estabelecer um ajuste duradouro ou que as vincule por mais tempo do que aquele necessário para o abastecimento do veículo. Não há um elemento *relacional* porque, sobretudo aos olhos do cliente, o bem obtido junto ao posto de gasolina em pouco se diferencia daquele que seria adquirido em outro estabelecimento da natureza, já que mais importa o próprio local em que se encontra o posto de gasolina do que as peculiaridades daquele comerciante específico.

Demais disso, há de se ressaltar que a doutrina dos contratos relacionais igualmente é marcada pela percepção de que, nesse tipo de ajuste, há uma relação de “ganha-ganha” entre as partes envolvidas, uma vez que o maior proveito econômico obtido por uma das partes se volta, direta ou indiretamente, a um ganho maior para a outra, como referido anteriormente, ao avaliarem-se os contratos de colaboração. Isso se dá de forma distinta nos contratos descontínuos e de pura troca, com efeito, pois, no mais das vezes, quanto mais um contratante ganha, mais o outro perde – assim, por exemplo, na venda de um imóvel, em que o comprador busca o preço mais baixo, e o vendedor o preço mais alto.

Essa situação em que uma das partes precisa perder para que a outra ganhe se justifica pela expressão *bargain*⁴³. Nesses casos, cada parte procura formalizar a relação na maneira que melhor atenda seus interesses, ainda que o incremento de seus benefícios invariavelmente represente, de outro lado, uma diminuição nos ganhos auferidos pela contraparte.

Isso não quer dizer que, nos contratos relacionais, as partes deixem de buscar a formalização da relação da melhor maneira possível para seus interesses individuais, pois tal

Resolução parcial do contrato. Função social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, pp. 115-137, fev/2005.

⁴² MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*, disponível em <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>

⁴³ Aqui se adota, para a expressão *bargain*, a análise de Ronaldo Porto Macedo Jr., que, tratando do que denomina “barganha instrumental”, refere que “Os contratos descontínuos também envolvem negociações que assumem o caráter básico de uma barganha instrumental, na medida em que presumem uma relação entre duas partes que forçam os termos da troca para atingir seus próprios, individuais e exclusivos interesses econômicos” (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*, disponível em <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>). Barganha seria, noutras palavras, a intenção de uma parte de *forçar* seu contratante a aceitar as condições específicas que, quanto mais favoráveis para uma, mais desfavoráveis para a outra (preço, prazo de pagamento, etc.).

efetivamente ocorre e é absolutamente natural. Significa, isso sim, que nos contratos descontínuos há uma *contraposição* entre os ganhos muito mais clara e evidente, sobretudo quando há deslocamento patrimonial entre os contratantes.

Portanto, são ao menos duas as grandes marcas que podem ser estabelecidas na diferenciação dos contratos relacionais com os contratos descontínuos.

Em primeiro lugar, os contratos relacionais envolvem um alto grau de pessoalidade, porque interessa não apenas o objeto da prestação, da troca, mas também o sujeito com quem ela está sendo ajustada. Diferentemente do que se dá nos contratos descontínuos, aqui há um nítido interesse das partes em formalizar relações com uma contraparte que goze de bom nome no mercado, pois a própria formalização do contrato representa a criação de um liame bastante próximo entre elas, a ponto de que, aos olhos de terceiros, muitas vezes elas próprias acabem se confundindo.

E em segundo lugar, os contratos de colaboração não envolvem *bargain*, pois não há uma relação de proporcionalidade inversa entre os interesses das partes envolvidas. Nestes, para que uma parte *ganhe* mais, não necessariamente a outra deve *perder* mais, como se dá na estipulação do preço de venda de um imóvel ou automóvel, por exemplo.

Nos contratos relacionais, enfim, a colaboração e a confiança são elementos centrais. Não há como estabelecer uma relação duradoura entre empresas se entre elas não houver colaboração e boa-fé, especialmente tendo-se em conta que, como visto, nesses tipos contratuais, o sucesso de uma é o sucesso da outra.

Em contratos tidos como relacionais, que costumam ser também *de duração*, a questão da técnica utilizada na redação do instrumento é muito importante. Segundo Judith Martins-Costa e Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke⁴⁴, certos contratos são feitos para regular relações destinadas a perdurar longamente no tempo, de modo que, no momento de sua conclusão, alguns dados “não são ou não podem ser (...) integralmente conhecidos e, portanto, passíveis de apreensão, regulação e controle por meio das cláusulas contratuais”. Por isso, nessas situações o instrumento contratual “deve ser um instrumento apto a solucionar e regrav problemas técnicos, operacionais, econômicos, jurídicos, e até políticos, não passíveis de previsão e de regramento pontual”. Há, pois, o que denominam de “incompletude contratual”, sem que aí resida, contudo, um defeito em sua redação.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 1/2015, pp. 1247-1299.

A específica questão relativa à *cooperação nos contratos duradouros* também é analisada por Judith Martins-Costa noutro texto, no qual afirma que “por conta dessa especial intensidade da cooperação e consideração devidas resulta que, nos contratos duradouros, é particularmente alto o grau de incidência do princípio da boa-fé (fonte dos deveres de cooperação e consideração)”⁴⁵. Isto é, as *certezas sobre as incertezas*⁴⁶ que marcam relações contratuais da estirpe exigem que a boa-fé incida em grau ainda mais elevado do que aquele exigido, por exemplo, em contratos instantâneos de simples troca.

Tais circunstâncias também são analisadas por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para quem “o direito obrigacional foi construído a partir da ideia do contrato instantâneo, como se a manifestação de vontade e a sua execução se dessem de uma só vez, tudo explicado pelas circunstâncias presentes no momento da celebração”. A evolução do mercado, contudo, evidenciaria a ascensão dos contratos de longa duração, nos quais são pactuados “procedimentos de atuação, regras que unirão as partes e se irão especificando ao longo do processo de cumprimento”⁴⁷.

Essa breve exposição tem o intuito de introduzir o tema das relações com dependência econômica em que o trabalho se centrará adiante. Isso porque, como visto acima, o terreno mais fértil para o desenvolvimento dessa teoria realmente é aquele em que as interações entre as partes *fraca e forte* se dão de forma prolongada, protraída no tempo, uma vez que nessas situações a sobrevalência de uma parte frente à outra se manifesta de modo mais evidente, culminando em uma sistemática que merece ser estudada.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio in O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado* (coord. Ana Frazão e Gustavo Tepedino). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 533.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 1/2015, pp. 1247-1299.

⁴⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos Relacionais, de Lucro e Existenciais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 45/2011, jan-mar/2011, pp. 91-110.

1.3. A ASSIMETRIA CONTRATUAL

Se, como recém colocado, é no terreno dos contratos relacionais (frequentemente marcados pela longa duração) que se manifesta de forma mais intensa a dependência econômica que se pretende analisar neste trabalho, é igualmente importante adicionar desde logo, nessa equação, o elemento chave da questão: a assimetria contratual. Conforme será detalhado nos itens que seguem, a dependência econômica pressupõe a existência de uma importante divergência de *poderes* das partes envolvidas na relação, criando um desequilíbrio desde o nascedouro dessa interação – mas que, *a priori*, nada tem de ilícito, pois “há contratos que devem ser desequilibrados, para cumprir sua própria função”⁴⁸.

Inicialmente, aqui, veja-se que referir que as partes nesses contratos são *assimétricas* em nada contraria o que foi recém exposto, no sentido de que os contratos em questão comumente são *de colaboração* – e isso porque os critérios para cada uma dessas afirmativas são distintos. Nos contratos de colaboração, as partes têm *objetivos* comuns, de modo que a intenção de cada uma com a contratação levada a efeito efetivamente é semelhante. A questão da assimetria contratual, por outro lado, está centrada em um ponto diferente da discussão, que é a capacidade econômica, técnica ou informacional de cada parte da relação.

Um elemento não contradiz o outro. Justamente por isso, a doutrina francesa coloca que contratos assimétricos são caracterizados por duas expressões aparentemente antagônicas: independência e interdependência. As partes envolvidas são independentes entre si, pois guardam total autonomia sob o ponto de vista societário, mas são interdependentes porque os ganhos de uma se revertem em ganhos para a outra – assim como as perdas.

Mas afinal, em que consistiria a assim denominada “assimetria contratual”? Quais são os traços dessa característica e em quais oportunidades ela se manifesta no âmbito interempresarial? É isso que se propõem a abordar os itens que seguem.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 590.

1.3.1. AS RELAÇÕES ASSIMÉTRICAS, O *TERZO CONTRATTO* E OS CONTRATOS DE ADESÃO

Segundo Enzo Roppo, a noção assentada a partir do *Code Napolèon*, na França, era de que as partes envolvidas em um contrato deveriam ser sempre consideradas sob o prisma de uma *igualdade jurídica*, uma vez que as revoluções burguesas haviam abolido os “‘privilégios e discriminações legais’ que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’”⁴⁹. E estaria justamente nessa ideia de igualdade entre as partes a garantia de segurança nas trocas efetuadas entre os particulares, o que deu ensejo à “asserção peremptória” de que *qui dit contractuel, dit juste*. A justiça do contrato se embasava precisamente na igualdade daquelas partes que espontaneamente o concluíram.

A igualdade entre as partes, na verdade, estaria no melhor interesse não apenas delas próprias, em uma noção que buscava reduzir as incertezas e inseguranças nas interações econômicas, mas também da sociedade como um todo. Afinal, as teorias econômicas que àquela época encontravam mais ressonância partiam da compreensão de que o bem-estar coletivo seria atingido justamente pela menor intervenção do Estado nas relações entre os particulares.

A evolução da sociedade e da complexidade das interações econômicas, contudo, evidenciou a insuficiência dessa ideia, pois, como o próprio Enzo Roppo refere, tal compreensão ignorava que a igualdade que se pressupunha se revelava de modo estritamente formal e abstrato. Na situação concreta, por outro lado, a realidade evidenciava “desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico-social entre contratantes”, sendo a relação de trabalho a mais evidente naquele primeiro momento, em que, embora empregado e empregador fossem juridicamente iguais e livres, o primeiro se via compelido a suportar quaisquer condições impostas pelo segundo para manter seu emprego⁵⁰.

Por aqui, a questão é analisada por Eduardo Tomasevicious Filho, que, citando economistas como Ronald Coase, George Akerlof e Oliver Williamson, refere o “reconhecimento de que as relações econômicas são realizadas entre pessoas que não são necessariamente iguais, dotadas da mesma capacidade de decisão e de raciocínio, em ambientes em que uma das partes sabe mais do que a outra”. Sob o prisma econômico, então, essa situação

⁴⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato* (trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988, p. 35.

⁵⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato* (trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988, p. 37.

traria maiores “custos de transação”⁵¹, a serem considerados e equacionados pelo Direito a partir da aplicação de mecanismos como, por exemplo, a boa-fé.

O reconhecimento dessa disparidade no âmbito da relação de emprego logo se espalhou para outros campos da sociedade e do Direito, chegando às relações interempresariais, em que as interações comerciais entre empresas de porte distinto eram cada vez mais frequentes. Como pontua Paula Forgioni, a noção inicial de que os contratos empresariais seriam sempre estabelecidos de forma paritária foi superada, pois se reconheceu “que o mundo não funcionava dessa forma e que, em certas situações, assumir a paridade das partes era uma ficção sem sentido”⁵².

A evolução do direito comercial, de fato, evidencia que as empresas não são *ilhas* isoladas em um oceano, capazes de dar conta da fabricação de seus produtos, por exemplo, desde a matéria-prima. Os custos – e os riscos – da fabricação de um determinado produto *from the scratch* são excessivamente elevados, recomendando uma disseminação da cadeia produtiva. Tenha-se em mente, nesse sentido, o já referido caso das montadoras de automóveis, que terceirizam a produção de inúmeros componentes de um determinado veículo, atenuando os custos que seriam suportados na hipótese de sua fabricação como um todo.

O mesmo se dá na terceirização de serviços vinculados à produção, que igualmente representariam despesas extraordinárias à empresa que os pretendesse assumir integralmente. Não por acaso, os grandes conglomerados empresariais terceirizam grande parte dos serviços envolvidos no processo produtivo, desde aspectos *internos* (alimentação de funcionários, limpeza das fábricas, portaria, etc.) até pontos relacionados ao produto em si (transporte, distribuição, etc.). Basta ver a lista de credores de uma grande empresa em recuperação judicial, por exemplo, para ter em conta essa questão: excetuados encargos trabalhistas, tributários e dívidas bancárias, os grandes valores devidos são comumente ligados a fornecedores intermediários, tão importantes na cadeia produtiva.

Para além de um aspecto de ordem econômica, contudo, esse fenômeno dá ensejo à análise da forma com que as interações entre as empresas envolvidas nessa “teia” se dão sob o prisma contratual. É que, nada obstante a inegável importância desses contratos para a empresa *forte*, é evidente a enorme discrepância de poder desta quando comparado à contraparte –

⁵¹ TOMASEVICIOUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência *in 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002 – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵² FORGIONI, Paula. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

comumente uma empresa menor, com atividade econômica específica e muitas vezes voltada à execução daquele único contrato.

Nessas relações, o que marca a assimetria entre as partes é, sobretudo, o poder mantido por cada uma desde o momento da conformação do conteúdo contratual e a consequente *inequality of bargaining power*⁵³. É que, naturalmente, a parte mais *forte* possui condições amplamente favoráveis para fazê-lo de acordo com os seus melhores interesses, conduzindo a redação do instrumento contratual aos termos que lhe forem mais satisfatórios. Tudo gira em torno do *poder*, no fim das contas.

Os *poderes*, sob o ponto de vista jurídico, distinguem-se em algumas espécies, detalhadamente analisadas por Judith Martins-Costa, que dentre elas destaca o *poder puramente fático*, a partir do qual se revela a “impossibilidade real a uma das partes para conformar o conteúdo do contrato, porque, para obter o bem desejado, deve aderir a ‘condições gerais dos negócios’”⁵⁴. Sobre isso, a autora dá exemplos mais gritantes, como os contratos para fornecimento de água, luz ou telefone (em que, em geral, não há qualquer possibilidade de discussão quanto ao conteúdo pelo particular), mas parece claro que tal conclusão pode ser ampliada para relações empresariais propriamente ditas em que, se a assimetria não é assim tão exacerbada, pode bem atingir patamares similares.

De qualquer forma, é importante esclarecer desde logo que a assimetria em contratos empresariais é algo natural e fisiológico do mercado – não uma patologia – como refere Roppo:

[L]a asimetría que divide las partes y crea la necesidad de protección de la una con respecto a la otra, es una asimetría debida a factores socialmente fisiológicos, y no patológicos. En otras palabras, se deriva de las condiciones objetivas del mercado, más exactamente, de alguna de las fallas del mercado ordinarias, que pertenecen a la fisiología, y no a la patología del mercado⁵⁵.

De fato, como pontuam Ejan Mackaay e Violette Leblanc, “*an exchange is worthwhile precisely because of differences in the parties’ assets, talents or valuation*”⁵⁶. Isto é,

⁵³ ROPPO, Enzo. *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989, p. 99.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300.

⁵⁵ ROPPO, Vincenzo. *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo* (trad. Maria Angélica Moreno Cruz). *Revista de Derecho Privado*, vol. 20/2011.

⁵⁶ MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. *The law and economics of good faith in the civil law of contract*. Disponível em https://researchgate.net/publication/27554117_The_law_and_economics_of_good_faith_in_the_civil_law_of_contract

determinadas relações entre empresários se justificam exatamente porque as partes são diferentes, atuam em nichos diferentes e, inclusive, porque têm *tamanhos* diferentes.

Esse aspecto também chamou a atenção de Clóvis do Couto e Silva, de cuja obra se extrai que “a faculdade de determinar o conteúdo do negócio jurídico pode ainda ser restringida em razão do desnível de poder econômico, do qual decorre a fixação unilateral das condições gerais do contrato, como sucede nos de adesão”⁵⁷. Mais adiante, o autor reforça que esse desnivelamento não ocorre apenas em relações entre sociedades empresárias e indivíduos, mas também naquelas estabelecidas entre comerciantes.

A denominação *business to business*, própria desse tipo de avença, também sofre alguma modificação no terreno dos contratos dessa natureza a partir da constatação de que as interações assimétricas no mercado são cada vez mais comuns. Isso porque, nada obstante a consagrada máxima de amalgamá-los na expressão “B2B”, a tomada em consideração das divergências entre as posições e condições de cada parte levou à criação de uma nova categoria, representada pela expressão “B2b” (com um ‘b’ minúsculo), demonstrando a diferença de poderio que não-raro se dá nas interações comerciais. É isso que analisa Giuseppe Amadio em obra organizada por Gregorio Gitti e Gianroberto Villa:

Il nuovo paradigma, per restare alle sigle high tech, è quello del contratto ‘B (maiuscolo) 2 b (minuscolo), nel quale il professionista debole (l’imprenditore ‘economicamente dipendente’) sembra prendere il posto del consumatore. E questa prima immagine apre, alla ricerca di identità della nuova figura, due prospettive antitetiche: la prima imperniata sull’estensione del modello noto, la seconda volta alla costruzione di un nuovo schema”⁵⁸.

Como aponta Ricardo Lorenzetti, essas interações entre empresas de portes distintos “*ha dado lugar a múltiples sugerencias de regulación tuitiva, lo cual puede originar un sector de la contratación con características especiales*”⁵⁹. O autor argentino percebia, como se vê, que as relações comerciais marcadas pela distinção de poderio econômico são tão relevantes e possuem tantas divergências quando comparada com as relações paritárias que não poderiam ser encaixadas nem no âmbito dos contratos B2B (*business to business*), nem no dos contratos B2C (*business to consumer*). O autor argentino não o diz expressamente, mas o olhar externo permite conduzir suas ideias àquela categoria jurídica que os italianos vêm denominando de “*il*

⁵⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 30.

⁵⁸ AMADIO, Giuseppe. Il terzo contratto. Il problema in *Il terzo contratto: abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolonha: Editrice Il Mulino, 2008, p. 15.

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 66.

terzo contratto” – o “terceiro contrato”, algo que parece não ter sido trazido ao Brasil com muito destaque até o momento, mas que se molda perfeitamente ao objeto deste trabalho.

Para os italianos, o *primo contratto* seria aquele estabelecido entre partes simétricas e paritárias, sem que haja significativa sobrevalência de uma em relação a outra – seja técnica, econômica, jurídica, etc. Seriam os ajustes formalizados entre partes niveladas e com um poder de negociação equivalente, nos quais, por isso, o conteúdo é conformado, de fato, como julgam mais adequado os envolvidos, ao menos idealmente.

O *secondo contratto*, por sua vez, seria o ajuste das relações de consumo, levado a efeito entre um empresário (o *professionista*) e um consumidor. Aqui, o desnivelamento é a característica marcante, pois a assimetria entre os poderes de cada parte cria terreno propício para comportamentos oportunistas em relação ao mais *fraco*, dando ensejo a diversos diplomas legislativos de cunho protetivo mundo afora, como o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

De *terzo contratto* se poderia falar, por fim, quando a relação contratual é estabelecida entre empresários (afastando-se, por isso, a caracterização da relação de consumo), mas que dispõem de poderes contratuais amplamente divergentes; ou seja, “*quando parti del rapporto siano imprenditori dotati di differente potere contrattuale*”⁶⁰. Aqui, haveria uma parte mais *forte*, dotada de poder mais elevado, e uma parte mais *fraca* (a *parte debole*), que precisa se sujeitar de alguma maneira às vontades da contraparte.

De acordo com a doutrina italiana, a expressão *parte debole*, que é característica dos contratos assimétricos, possui três acepções. Uma acepção *restritiva*, segundo a qual a assimetria se verifica apenas naquelas hipóteses previstas nos princípios Unidroit para o direito dos contratos – *gross disparity* e *hardship*; uma acepção *extensiva*, segundo a qual a parte seria considerada *debole* também quando caracterizadas diversas outras disposições dos princípios Unidroit, não apenas as duas anteriormente referidas; e, por fim, uma acepção segundo a qual a parte deve ser considerada *debole* sempre que houver qualquer hipótese de desequilíbrio ou assimetria, independentemente das previsões dos princípios da Unidroit – seja em aspectos formais, seja em aspectos substanciais. Nessa última categoria, a *fraqueza* se manifestaria “*allo status dei contraenti, alle condizioni economiche e finanziarie di essi, al livello di informazione,*

⁶⁰ PARINI, Maria Margherita. *Terzo contratto e strumenti di tutela forniti all 'imprenditore debole'*. Tese de Doutorado, Università degli studi di Verona. Orientador: Prof. Francesco Ruscello. 2009/2010.

ed, infine, ai rischi della lingua impiegata nelle trattative e nella redazione dei documenti contrattuali”⁶¹.

Para além do critério objetivo utilizado por Emilio Graziuso, que vincula a fraqueza de uma das partes exclusivamente às previsões dos princípios da Unidroit – ao menos nas duas primeiras acepções que refere – parece claro que essa situação de inferioridade deve ser avaliada subjetivamente e de forma casuística, apurando-se se, de fato e *in concreto*, existe assimetria entre as partes, a depender das circunstâncias do negócio que as envolve.

Adalberto Pasqualotto, no Brasil, refere que nessas hipóteses haveria o denominado *consumo intermediário*, fundado inclusive em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça⁶² e aplicando esse conceito a “agentes econômicos que, não sendo consumidores em sentido estrito, apresentam vulnerabilidade, ficando em situação de desvantagem frente ao outro contratante”. Daí decorreria um “abrandamento da teoria finalista” para permitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em casos da estirpe, como exemplificativamente se colhe de decisão do STJ referida pelo autor, de cuja ementa consta o seguinte:

No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o RESP 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica⁶³.

De forma semelhante, Marina Dubois Fava, em dissertação de mestrado apresentada junto à Universidade de São Paulo, defende que o Código de Defesa do Consumidor poderia ser aplicado a empresários, desde que demonstrada a sujeição deste a práticas abusivas e sua vulnerabilidade frente à contraparte – independentemente de escolher-se entre a teoria maximalista ou finalista. Isso porque, segundo defende, “frente a seus parceiros privilegiados,

⁶¹ GRAZIUSO, Emilio. *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*. Milão: Giuffrè Editore, 2010, pp. 155-156.

⁶² PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 1, pp. 901-933, abr/2011.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 660.026/RJ*, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini.

os contratantes em posição de inferioridade, decorrente de um contrato com dependência econômica, são flagrantemente vulneráveis”⁶⁴.

Com todo acatamento a esses autores e ao próprio STJ, parece inviável amalgamar os contratos “B2b” no conceito de *consumidor profissional* (que, por si só, já é suscetível de críticas). É que, nada obstante haja nessas relações a inequívoca assimetria acima apontada, não parece ser razoável que isso autorize a aplicação irrestrita de microssistema tão protetivo quanto o Código de Defesa do Consumidor, destinado especificamente às interações do *secondo contratto*.

É fato que tanto as relações “B2b” quanto as “B2C” comungam de um denominador comum, que é a assimetria contratual⁶⁵, e que também nas relações comerciais pode ser necessária uma intervenção protetiva em caso de abuso⁶⁶, porém há uma diferença importante entre assimetria contratual (entre empresários) e a vulnerabilidade própria do direito do consumidor, em que a legislação “parte da constatação de uma assimetria de poder relacional entre uma categoria abstrata idealizada de indivíduos que ao consumir estão em posição de inferioridade em face dos fornecedores de serviços”⁶⁷.

Mas ainda que assim não fosse, o próprio fato de se tratar o contratante de um “empresário”, e não de um “consumidor” já parece bastar para afastar-se a aplicabilidade do CDC, sob pena de ignorar-se a pedra fundamental do microssistema consumerista: a de que haja, entre as partes, efetiva relação de consumo. Trata-se, no âmbito do CDC, de uma proteção legal conferida a um grupo por conta de seu *status* de consumidor, em relação ao qual há uma presunção legal de vulnerabilidade que deveria ser protegida.

Ocorre que mesmo o empresário mais *fraco*, no implemento de sua atividade comercial, jamais deixa de ser *professionista* para se tornar *consumatore*. Como pontua Guido Alpa, ao

⁶⁴ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*, 2010, p. 128. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini.

⁶⁵ ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo (trad. Maria Angélica Moreno Cruz). *Revista de Derecho Privado*, vol. 20/2011.

⁶⁶ Assim, por exemplo, o “considerando” n° 23 do Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2018 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (“Roma I”), que assim dispõe: “No caso dos contratos celebrados com partes consideradas vulneráveis, é oportuno protegê-las através de normas de conflitos de leis que sejam mais favoráveis aos seus interesses do que as normas gerais”. No mesmo sentido, o artigo 4.1., “e e “f” determina que nos contratos de franquia e distribuição a lei aplicável será aquela vigente no país em que se encontra a parte mais fraca – o franqueado e o distribuidor, respectivamente. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> [acesso em 21/05/2018].

⁶⁷ CAMINHA, Uinie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Assimetrias contratuais, dependência empresarial e o *ethos* comercial no Projeto de Código Comercial (PLS 487/2013) in *Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial* (coord. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima e Marcelo Guedes Nunes). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 359.

avaliar o tema sob o enfoque dos Princípios Unidroit, o que interessa nessa caracterização não diz respeito à simples *fraqueza* de uma parte em relação à outra, mas sim ao seu “*status, al ruolo, all’attività svolta dai singoli contraenti*”⁶⁸. Gianroberto Villa, no mesmo sentido, coloca o foco na “atividade”⁶⁹ desempenhada por cada uma das partes, pois, como bem reconhece, a atividade do consumidor é a de consumir; a do empresário, a de empreender.

O problema, na Europa, é solucionado a partir do texto da Diretiva 93/13 do Conselho das Comunidades Europeias, cujo artigo 2º, “b” refere que o termo “consumidor” deve ser aplicado a qualquer pessoa que “*actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional*”. Em sentido contrário, portanto, sempre que um sujeito se envolve em determinada contratação no âmbito de sua atividade profissional, não pode ser considerado “consumidor”.

Nas relações interempresariais, inclusive naquelas em que se constate a assimetria de posições entre as partes, as trocas havidas entre as partes se dão para implemento da própria atividade comercial dos envolvidos, e não porque a parte mais *fraca* deseja apropriar-se do bem ou serviço ofertado pela parte mais *forte*, o que retira do sujeito o *status* de consumidor. O exemplo evidente disso é a relação de distribuição (comumente estabelecida de forma assimétrica): o distribuidor, ao adquirir produtos do fornecedor, não o faz para apropriar-se desses bens, mas para recolocá-los no mercado e, com isso, obter ganho de margem. Justamente por isso, diversos tribunais estaduais já decidiram que o CDC não deve ser aplicado em conflitos oriundos de contratos de distribuição, como os do Rio Grande do Sul⁷⁰, Santa Catarina⁷¹ e São Paulo⁷².

⁶⁸ ALPA, Guido. *Nuove frontiere del diritto contrattuale*. Roma: Edizioni Seam, 1998, p. 60.

⁶⁹ VILLA, Gianroberto. *Invaldità e contratto tra imprenditore in situazione asimmetrica in Il terzo contratto: abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolonha: Editrice Il Mulino, 2008, p. 145.

⁷⁰ “Cuidando-se de contrato de distribuição (agente autorizado de telefonia móvel), além de não estar ele regido pela Lei de Representação Comercial, sobre a qual se debruça a tese inicial, também revelam-se inaplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que não está configurada a relação de consumo entre as partes, observada a teoria finalista”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Apelação Cível nº 70070847330*, 15ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Adriana da Silva Ribeiro, julgado em 23/11/2016).

⁷¹ “É dever ressaltar que não se pode vislumbrar a hipótese de destinatário final do produto, característica essencial (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor), pois se utiliza dos produtos como meio de comércio, inserindo-os no mercado de consumo, razão pela qual inaplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor ao evento” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0041807-14.1998.8.24.0038*, 1ª Câmara de Direito Comercial, Relator Desembargador Guilherme Nunes Born, julgado em 05/10/2017).

⁷² “Diante disso, desnatura-se a relação consumerista caso o bem ou serviço adquirido passe a integrar a cadeia produtiva do adquirente, constituindo insumo para a consecução de sua atividade empresarial, caso em que não será caracterizado como destinatário fático do produto (ou seja, aquele que retira o produto da cadeia produtiva), mas como destinatário econômico e, portanto, fora do alcance das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (...) Não há que se falar, outrossim, na aplicação da denominada teoria finalista mitigada ao caso, pois, em se tratando de típico contrato empresarial, não se vislumbra vulnerabilidade ou hipossuficiência do autor”

Destarte, sem se ignorar a assimetria existente nas relações “B2b” e o possível abuso dessa situação que será abordado nos capítulos seguintes, deve ser desde logo repelida a tentativa de recondução do *terzo contratto* às relações consumeristas, naquilo que Ricardo Lupion chama de “consumerização dos contratos empresariais”⁷³. A interação entre as partes nesses ajustes é única e absolutamente comercial, e “considerar um empresário vulnerável nos termos de um consumidor é atacar exatamente sua dignidade própria enquanto empreendedor”⁷⁴.

Também deve ser ressaltado que, de fato, muitas vezes as relações interempresariais são estabelecidas a partir de contratos de adesão, aos quais a parte mais *fraca* adere integralmente, sem grande margem para negociações. Isso, porém, não significa que sua expressão de vontade seja viciada ou que haja qualquer invalidade no negócio jurídico, mas apenas uma natural imposição do contrato que mais interessa à parte mais *forte*.

É que, como pontua Menezes Cordeiro analisando as “condições gerais”, “o grande problema nos contratos assentes em condições negociais gerais reside na injustiça possível de alguma ou algumas de suas cláusulas e não na forma de sua celebração”⁷⁵. E mais adiante: “o controlo judicial dos contratos obtidos pela utilização de condições contratuais gerais implica uma apreciação de mérito face às cláusulas questionadas e não um confronto de acordo com o modo de formação”⁷⁶. Portanto, a simples adesividade na formação do contrato nada tem de ilícita.

Justamente por isso, aliás, não parece adequado classificarem-se os contratos em *paritários* e *de adesão*, com faz parte da doutrina⁷⁷. Isso porque, salvo melhor juízo, o que se contrapõe ao contrato *paritário* não é o contrato *de adesão*, mas sim o contrato *assimétrico*, conforme ponderado acima. Uma coisa é avaliar o poderio e a simetria das partes envolvidas (subdividindo os contratos, aí sim, em paritários e assimétricos); outra, totalmente distinta, é aferir a forma de conformação do conteúdo contratual e a forma de redação de seu instrumento

(SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação Cível nº 1026965-21.2016.8.26.0007*, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Edgard Rosa, julgado em 01/03/2018).

⁷³ LUPION GARCIA, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, set/2014.

⁷⁴ CAMINHA, Uinie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Assimetrias contratuais, dependência empresarial e o *ethos* comercial no Projeto de Código Comercial (PLS 487/2013) in *Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial* (coord. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima e Marcelo Guedes Nunes). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 361.

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 655.

⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 655.

⁷⁷ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa, vol. 2, títulos de crédito e contratos empresariais*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 245-246.

(ver, noutros termos, se o contrato teve seu conteúdo efetivamente discutido ou se foi formalizado por simples adesão da parte mais *fraca*⁷⁸). Mais adequado parece fazer, portanto, como a doutrina espanhola, que classifica os contratos entre “*por negociación*” e “*por adhesión*”⁷⁹.

O que também pode importar a essa avaliação, nesse sentido, é a distinção entre *liberdade contratual* e *liberdade de contratar*⁸⁰. Afinal, como pontua Luis Renato Ferreira da Silva, “a vontade dos partícipes reside não só na consciência do querer formar o ato, mas também no conformá-lo, ou seja, em dar-lhe o conteúdo”⁸¹.

Diz-se isso porque se cogita de uma diferença entre a “liberdade de celebração dos contratos”, que dá ao particular a faculdade de regulamentar as suas relações privadas, contratando com quem bem entender, e a “liberdade de modelação do conteúdo contratual”, que “consiste na faculdade conferida aos contraentes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos”⁸², na lição de Mota Pinto.

É interessante perceber, contudo, a crítica que pode ser feita a esse jogo de palavras relativo à liberdade contratual. Isso porque, muito embora parte da doutrina se valha dessa distinção (alguns chegam a fazer uma repartição tripartite entre liberdade *para* contratar, liberdade *de* contratar e liberdade *contratual*⁸³, ou mesmo outras categorias⁸⁴), parece claro que

⁷⁸ Refere Georges Virassamy, a respeito, o seguinte: “*Les contrats de dépendance sont aussi le plus souvent des contrats d’adhésion, c’est à dire des contrats qui ‘sont rédigés unilatéralement par l’une des parties, et auxquels l’autre adhère sans pouvoir les modifier’.* Ces conventions sont pré-rédigées, seules quelques clauses pourront le cas échéant être discutées (clauses de quotas, de prix...). Mais pour l’essentiel, il n’y a pas de débat préalable à la conclusion du contrat”. (VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Paris: Librairie Generale de Droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1986, p. 132).

⁷⁹ DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*, vol. 1. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 405.

⁸⁰ Flávio Tartuce e Giselda Hironaka fazem referência a uma categorização tripartite: liberdade *para* contratar (em sentido amplo; a possibilidade dada pelo sistema jurídico de que os particulares autorregulem suas relações), liberdade *de* contratar (para que os particulares possam escolher *com quem* contratar) e liberdade *contratual* (esta sim, de conformação do conteúdo contratual propriamente dito). TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro *in Direito Contratual: temas atuais* (coord. Flávio Tartuce e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). São Paulo: Editora Método, 2007, p. 45.

⁸¹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Princípios do Direito Contratual no Código de Defesa do Consumidor *in Contratos de Consumo e Atividade Econômica* (coord. Teresa Ancona Lopes e Ruy Rosado de Aguiar Júnior). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

⁸² MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 95-96.

⁸³ TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro *in Direito contratual: temas atuais* (coord. Flávio Tartuce e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). São Paulo: Editora Método, 2007, p. 45.

⁸⁴ Mário Júlio de Almeida Costa fala em liberdade *de celebração* de contratos, liberdade *de fixação de conteúdo ou de estipulação* e liberdade *de forma* (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Noções de Direito Civil*, 3. ed. – Coimbra: Almedina, 1991, p. 47)..

o ponto que diferencia esses institutos não é propriamente de *liberdade*, mas sim de *poderes*, como referido por Orlando Gomes⁸⁵. A questão é que, em um contrato empresarial assimétrico, por exemplo, as partes efetivamente gozam de toda liberdade de contratar, de quando contratar e de com quem contratar. O que é característico desses ajustes, isso sim, é a distinção de *poder contratual* “entre partes fortes e débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar sua vontade”⁸⁶. O ponto aí não é de *liberdade*, mas de *poder*.

E isso em nada se altera nos contratos de adesão. Essa forma de conformação do conteúdo contratual não tolhe do aderente a liberdade de contratar, pois nada impede que simplesmente não o faça. Retira-se da parte *fraca*, isso sim, o poder de negociação capaz de propiciar que a contratação se dê de acordo com os termos que seriam mais favoráveis aos seus interesses, pendendo a balança, no mais das vezes, para o lado do mais *forte*.

Não se pode deixar de lado, nessa linha, a compreensão de que não há nada de ilícito em formalizarem-se avenças por adesão, sendo essa uma característica do mercado, e não uma de suas patologias. O ordenamento jurídico brasileiro, na verdade, reconhece e legitima essa prática, prevendo que ajustes dessa natureza possuem apenas as peculiaridades de cunho hermenêutico-interpretativo constantes dos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002, que assim dispõem:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Do texto se extrai com clareza que essa regra hermenêutica (a regra *contra proferentem*) somente tem vez na hipótese de haver *dúvida* quanto à adequada interpretação do instrumento contratual⁸⁷, no sentido de que a parte responsável pela redação do ajuste – e, assim, a *culpada* pela ambiguidade ou contradição eventualmente decorrente da imprecisão do texto – seja penalizada com uma interpretação que lhe desfavoreça. Mas deixe-se muito claro: essa interpretação favorável ao aderente apenas há de ser aplicada quando houver ambiguidade, contradição ou renúncia antecipada a direitos; quanto ao mais, as ferramentas interpretativas devem ser as ordinárias, independentemente da forma de confecção do instrumento contratual.

⁸⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 22.

⁸⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato* (trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988, p. 38.

⁸⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

A proteção à parte aderente, com efeito, encontra ressonância inclusive na *soft law*, nomeadamente no DCFR – Draft Common Frame of Reference. Esse diploma, ao tratar dos contratos B2B (sem fazer a distinção entre B2B e B2b), traz uma série de previsões de caráter protetivo à parte aderente, ligadas à existência de cláusulas abusivas, à limitação de responsabilidade e ao dever de informar pré-contratual, por exemplo. Destaque-se, contudo, que essas previsões têm fundamento não na assimetria das partes (no porte das empresas envolvidas), mas sim na específica característica da forma adesiva de conformação do conteúdo do contrato, como refere Roppo:

Un primer grupo incluye normas que asumen que una parte con estatus de empresa está contratando con otra parte que tiene también el mismo estatus. Dichas normas, entonces, constituyen la disciplina de los contratos B2B. Estas son: artículo II-3:101/2 sobre el deber de información precontratual; artículo II.-4:210 sobre la confirmación formal del contrato; artículo II.-9:405 sobre cláusulas abusivas; artículo IV.A.-4:302 acerca de la notificación de inconformidad en los contratos de compraventa de bienes; artículo IV.C.-4.108 sobre la justa limitación de la responsabilidad en contratos de servicio de procesamiento. Casi todas estas normas implican una posición asimétrica de las partes y buscan proteger a la empresa débil frente a aquella dotada de un poder contractual superior. La justificación de tal protección no radica en que la parte protegida sea una pequeña o mediana empresa, sino más bien, en el hecho de que está contratando con el ejecutor de la prestación característica del contrato, o con la parte que redactó unilateralmente las cláusulas del contrato⁸⁸.

Os princípios da Unidroit Relativos aos Contratos Internacionais de 2010 possuem previsão semelhante:

Artigo 4.6 (Regra contra proferentem). Termos contratuais obscuros serão interpretados em desfavor da parte que os tenha proposto⁸⁹.

Especificamente no caso das relações assimétricas, portanto, é importante desfazer o mito de que a divergência de poderes entre as partes deva ensejar alguma espécie de interpretação favorável, *de per se*, à parte mais *fraca*. Isso, na verdade, criaria uma situação de supervalorização da assimetria entre as partes, ensejando uma interpretação não prevista na legislação e que, para além disso, contrariaria a autonomia privada e o *pacta sunt servanda*.

⁸⁸ ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo (trad. Maria Angélica Moreno Cruz). *Revista de Derecho Privado*, vol. 20/2011.

⁸⁹ Disponíveis em: www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf [acesso em 21/05/2018].

Aliás, os contratos com assimetria, ao contrário do que pode parecer em primeira análise, não são sempre celebrados de forma adesiva, uma vez que nada nada impede que as cláusulas do ajuste tenham sido efetiva e livremente negociadas pelas partes e, ainda assim, sua relação se caracterize pela sobrevalência de uma em relação à outra. A avaliação do negócio jurídico sob o prisma do *favor debilis*⁹⁰ contraria toda a lógica comercial e deve ser resguardada a hipóteses de real disparidade, como nos casos de consumo ou de abuso de assimetria e de dependência econômica, como será visto a seguir. Afinal, como pontua Paula Forgioni, a possibilidade de se considerar que um empresário é hipossuficiente ou vulnerável frente ao outro seria inaceitável, dado que “o mercado capitalista não poderia funcionar dessa forma”⁹¹. Isso não quer dizer que não haja uma inegável divergência de *bargaining power*⁹² em relações dessa natureza, mas somente que a negociação das cláusulas, em tese, é possível.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de analisar o tema e se posicionar justamente nesse sentido, assentando que, em contrato de distribuição “celebrado entre empresários, a fim de dar consecução a operações comerciais de compra e venda, para posterior revenda”, se deve “peremptoriamente afastar a ideia de hipossuficiência”. Mais adiante, afirma-se no acórdão categoricamente que “tampouco a existência de dependência econômica, inegavelmente ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das relações interempresariais, encerra desequilíbrio contratual”⁹³, marcando de forma bastante clara essa importante distinção.

Seja no âmbito do direito brasileiro, seja no exterior, portanto, se vê uma acentuada preocupação com a questão da assimetria dos contratantes e dos poderes que possuem no momento da conformação do contrato. Esse é o ponto de partida deste trabalho, mas um segundo elemento deve ser adicionado a esses pressupostos: a dependência econômica propriamente dita.

⁹⁰ Segundo Ricardo Lorenzetti, “*en la sociedad moderna se advirtió que muchos deudores son fuertes y otros acreedores débiles, como ocurre en el caso de los obreros-creedores-débiles y sus empleadores-deudores-fuertes, en relación al salario. Podemos señalar que ya no se trata de un ‘favor debitoris’, sino de un ‘favor debilis’*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 148).

⁹¹ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

⁹² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 155

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.403.272/RS*, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe em 18/03/2015.

1.3.2. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

O propósito do capítulo anterior foi o de desconstruir alguns mitos, como o de que todo contrato de adesão se desdobra em uma relação de consumo; de que toda relação contratual assimétrica enseja a aplicação do microssistema consumerista; e, sobretudo, de que qualquer interação entre empresas de porte distinto gera dependência econômica da parte mais *fraca* em relação à contraparte.

Não se pode deixar de lado, porém, que a dependência econômica de fato existe e deve ser tomada em conta na análise de contratos estabelecidos entre empresas. Não como algo patológico, ilícito, mas como simples característica de certos nichos de mercado, em que ajustes dessa estirpe são muitos – como na franquia, na distribuição e na representação comercial, por exemplo.

É partindo dessas premissas que Paula Forgioni estabelece, dentre as diversas categorizações de contratos empresariais, aquela “quanto ao grau de poder econômico das partes”, subdividindo-os em “contratos paritários”, de um lado, e “contratos em que há situação de dependência econômica”^{94 95}, de outro. Na mesma linha, a doutrina francesa diferencia os contratos *égalitaires* daqueles *de dépendance*, sendo os segundos aqueles em que “*une entreprise est inféodée à un partenaire puissant au point qu’elle n’a pas d’alternative et dépend totalement pour son existence des relations privilégiées qu’elle a nouées avec celui-ci*”⁹⁶.

Sem prejuízo da crítica que se pode fazer a essa categorização, vista anteriormente, é interessante perceber que a doutrina há algum tempo percebeu a necessidade de criar-se uma classificação *dentro* do direito contratual que bem reproduzisse as relações desiguais em que, para além da simples assimetria, se faz presente o *plus* da dependência econômica. E perceber a existência do problema é o primeiro passo para resolvê-lo.

Muito embora a dogmática tradicional fosse no sentido de entender os contratos entre empresários como paritários por excelência, conferindo-lhes margem interpretativa bastante mais restrita para privilegiar a máxima *pacta sunt servanda*, o direito contratual evoluiu no sentido de considerar as relações assimétricas com dependência econômica, assim consideradas

⁹⁴ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

⁹⁵ Parece mais adequado, contudo, diferenciar os “contratos paritários” simplesmente dos “contratos assimétricos”, uma vez que, como visto, nem toda relação assimétrica desemboca em situação de dependência econômica.

⁹⁶ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 92.

aquelas em que, na lição de Yves Guyon, “*l’un des contractants est en mesure d’imposer ses conditions à l’autre, qui doit les accepter pour survivre*”⁹⁷.

Adriana Valéria Pugliesi afirma, partindo das lições desse mesmo autor, que a dependência econômica se dá quando a parte dotada de maior poder “detém a prerrogativa de ‘ditar as regras do jogo’ e a contraparte fica em posição de sujeição, como única forma de sobreviver e manter-se no exercício de sua atividade empresarial”⁹⁸. Paula Forgioni, antes disso, já referia que “a situação de dependência econômica ocorre quando ‘um dos contratantes está em condições de impor suas condições ao outro, que deve aceitá-las para sobreviver’⁹⁹, colocando a *sobrevivência* da parte mais *fraca* no cerne da questão.

Georges Virassamy, redator de uma das obras mais relevantes sobre o tema na França, define os contratos *de dependência* também destacando a vinculação da própria *sobrevivência* da parte mais *fraca* ao negócio e “*l’importance des liens contractuels pour l’existence ou la survie de l’assujetti*”¹⁰⁰. Para o autor, “*cette dépendance économique variera donc en fonction de l’importance du lien contractuel pour l’assujetti*”¹⁰¹, sendo referência máxima dessa situação, em sua obra, a relação de emprego.

Em artigo que compara o cenário do tema no direito brasileiro e em Portugal, Livia Ximenes Damasceno e Alexandre Libório Dias Pereira, colhendo os ensinamentos de Virassamy, referem que a dependência econômica é caracterizada pela concorrência de aspectos de três ordens: estruturais, objetivos e contratuais.

Sob o ponto de vista estrutural, pela existência de um contrato propriamente dito que seja *vital* para uma das partes; sob o ponto de vista objetivo, pela possibilidade de que a dependência se dê, ordinariamente, em decorrência da especialidade do produto comercializado e de seu reconhecimento no mercado; e desde a ótica contratual propriamente dita, que, no momento da conclusão do contrato, “*l’assujetti se voit contraint d’accepter certaines stipulations qui, si eles n’ont pas nécessairement pour but d’assurer le renforcement de la*

⁹⁷ GUYON, Yves, *apud* FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*, p. 67.

⁹⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. *Revista de Direito Recuperacional e de Empresa*, vol. 7/2018, jan-mar/2018.

⁹⁹ FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 150.

¹⁰⁰ VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Paris: Librairie Generale de Droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1986, p. 136.

¹⁰¹ VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Paris: Librairie Generale de Droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1986, p. 139.

dépendance économique, produisent néanmoins ce resultat”¹⁰². De toda sorte, é importante ter em mente que a diferença entre o porte de cada contratante e a dependência econômica que por vezes decorre dessa situação não se dá de forma *tudo ou nada*; trata-se, na verdade, “de uma questão de grau, e não de classificação peremptória, do tipo ‘ou isso ou aquilo’”¹⁰³, como pontua Paula Forgioni.

É também de Paula Forgioni, aliás, uma das poucas subdivisões criadas internamente na categoria dos contratos com dependência econômica, que contrapõe aquelas situações em que a circunstância se faz presente *desde o princípio* da relação daquelas outras em que o grau de dependência se eleva *durante a execução* da avença. Na primeira categoria estariam aqueles contratos em que a relação de dependência é ínsita ao negócio, que sem esse marco simplesmente não se sustenta – é o caso da franquia, no exemplo da autora, em que o franqueado invariavelmente estará sujeito às determinações do franqueador, sendo-lhe tolhida a liberdade quanto a diversos aspectos de sua atividade, como o produto em si, os fornecedores, a disposição física das lojas, etc. Na segunda categoria, de outro lado, estariam aquelas situações em que a dependência se engrandece com o passar do tempo e, sobretudo, com os investimentos feitos por uma das partes na intenção de manter, pelo maior prazo possível, a avença estabelecida com outra, caracterizando-se aquilo que Ejan Mackaay e Violette Leblanc chamam de *asset specificity*¹⁰⁴. Nessa última hipótese, a parte pode não ser dependente desde o princípio, mas o vulto dos investimentos realizados a submete a um temor de que o ajuste seja resiliado pela contraparte antecipadamente, tornando aqueles investimentos em *sunk costs*¹⁰⁵, o que faz com que a característica surja em meio à execução do contrato¹⁰⁶.

¹⁰² VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Paris: Librairie Generale de Droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1986, p. 146.

¹⁰³ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

¹⁰⁴ MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. *The law and economics of good faith in the civil law of contract*. Disponível em https://researchgate.net/publication/27554117_The_law_and_economics_of_good_faith_in_the_civil_law_of_contract

¹⁰⁵ O Código Civil de 2002 trata especificamente do tema no parágrafo único do artigo 473. É que, enquanto o *caput* do dispositivo permite a resilição imotivada (por denúncia vazia) de ajustes estipulados por prazo indeterminado, o parágrafo que segue excepciona de alguma maneira esse direito potestativo, referindo que, em tendo havido investimentos de uma das partes para performance do contrato, o ajuste apenas será extinto quando decorrido prazo suficiente para amortização desses investimentos.

¹⁰⁶ Muito embora essa classificação pareça realmente adequada, não se pode deixar de fazer menção às hipóteses em que, ao contrário do estabelecido por Paula Forgioni, pode haver uma verdadeira dependência – ainda que não econômica – da parte mais forte da relação frente à parte mais fraca. Assim se dá, por exemplo, nos casos de representação comercial, em que o mercado de uma certa região é conhecido muito mais profundamente pelo representante do que pelo representado.

Ainda sobre isso, é de ser reforçar que, assim como ocorre com a assimetria, a situação de dependência econômica nada tem de ilícita, pois não há impeditivo para que um contratante efetivamente se sobreponha ao outro economicamente – ao contrário, há diversas figuras jurídico-comerciais que são marcadas por essa característica, como visto¹⁰⁷. Por isso, deve-se dizer que essa é uma “*situazione di per sé lecita, in quanto fisiologica nei rapporti tra imprese*”¹⁰⁸.

Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello, analisando exemplificativamente o contrato de distribuição, corroboram esse entendimento quando afirmam que “o direito considera legítimo, em princípio, o controle ou a dominação econômica que o fornecedor exerce sobre o distribuidor, já que destinados a uma finalidade economicamente útil e socialmente desejada”¹⁰⁹. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já teve a oportunidade de afirmar, também analisando relação de distribuição mercantil, que a superioridade de uma parte e a dependência econômica da outra são “notas que caracterizam o contrato de distribuição e não acarretam, por si sós, abusividade no trato negocial”¹¹⁰.

Na França, Terré, Simler e Lequette vão na mesma linha e elogiam decisões da *Cour de Cassation* daquele país que “*a, en effet, censuré les décisions des juges du fond qui avaient assimilé l'état de dépendance économique à la violence*”. Afinal, para que a assimetria econômica se torne um vício do contrato, “*il faut que le contractant en position de force ait, comme dans l'état de nécessité, abusé de sa situation pour obtenir un avantage excessif, conférant ainsi à cette contrainte économique un caractère illégitime*”¹¹¹.

Como se vê, são diversos os autores que, ao longo do tempo, constataram a distinção entre os contratos eminentemente paritários e aqueles em que há alguma sorte de assimetria de

¹⁰⁷ Na Europa, a Directiva 1986/653 trata especificamente da agência, prevendo mecanismos de proteção da parte débil sobretudo por conta do fato de que, em relações da estirpe, comumente o agente trabalha para um único fornecedor, criando possível situação de dependência econômica. Roppo analisa essa questão referindo que “*la Directiva 1986/653 considera al agente como la parte que necesita protección legal. Esto radica en la peculiar asimetría de mercado que afecta al agente frente al empresario. En efecto, el agente que asume la distribución de un servicio para el empresario, a menudo trabaja sólo para éste, en forma exclusiva*” (ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo (trad. Maria Angélica Moreno Cruz). *Revista de Derecho Privado*, vol. 20/2011).

¹⁰⁸ PARINI, Maria Margherita. *Terzo contratto e strumenti di tutela forniti all 'imprenditore debole'*. Tese de Doutorado, Università degli studi di Verona. Orientador: Prof. Francesco Ruscello. 2009/2010.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. *Revista dos Tribunais*, vol. 790/2001, pp. 11-44, ago/2001.

¹¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004456059*, Nona Câmara Cível, j. em 21/09/2005.

¹¹¹ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 258.

uma parte em relação a outra e, em certos deles, em que se consubstancia a apontada dependência econômica. A avaliação dessa circunstância *in concreto*, contudo, padece de um problema importante: em qual nível a simples assimetria se transforma em efetiva dependência econômica? Quando se pode afirmar que um *imprenditore debole*, como chamam os italianos, é efetivamente dependente, sob o ponto de vista econômico, de sua contraparte?

Deve-se destacar, de pronto, que a resposta a esse questionamento não é simples. Não há pressupostos bem marcados na legislação brasileira, ou mesmo na doutrina, que permitam apontar com precisão as hipóteses em que a dependência econômica ocorre, sendo indispensável a avaliação casuística por parte do intérprete ou, sobretudo, pelo julgador da causa – seja juiz, seja árbitro. Mas algumas diretrizes podem ser desde logo traçadas.

Em artigo sobre o tema, Gustavo Saad Diniz¹¹² pontua seis características que seriam marcantes das relações contratuais marcadas pela dependência econômica. São elas: “(a) influência decisiva (b) de poder (c) de uma das partes para (d) impor circunstâncias e condições à outra, (e) que as aceita para manter o contrato e (f) se manter no mercado”.

Já Paula Forgioni¹¹³, coloca outras quatro situações caracterizadoras de dependência econômica, partindo sempre do exemplo do contrato de distribuição: (i.) a existência de um *poder relacional (relations d'affaires)*, decorrente da relação duradoura que as partes pretendem manter de início e, sobretudo, dos investimentos¹¹⁴ feitos pela parte mais *fraca* sob essa expectativa; (ii.) um *poder de compra (puissance d'achat)*, consistente na existência de um maior poder de compra da parte mais *forte* em relação à mais *fraca*; (iii.) uma *dependência de marca famosa*, existente naquelas hipóteses em que o distribuidor, especificamente, está umbilicalmente ligado a um produto de marca de renome e predominância no mercado, não havendo alternativas da mesma proporção¹¹⁵ junto a outros fornecedores na hipótese de

¹¹² DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. *Revista de Direito Privado*, vol. 59/2014, pp. 91-120, jul-set/2014.

¹¹³ FORGIONI, Paula. Contrato de distribuição. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 227-229.

¹¹⁴ Aprofundando o tema dos investimentos, a autora refere mais adiante que “os investimentos distinguem-se conforme o seu grau de vinculação a uma transação específica. É mesmo intuitivo que aqueles bens úteis em várias situações, i.e., não específicos nem voltados à utilização especializada por determinada contraparte, podem ser facilmente alocados para outros clientes. Diz-se que alguns investimentos/custos são específicos para determinada relação, ou idiossincráticos. Assim, os custos idiossincráticos são aqueles concernentes a transações em que a identidade específica das partes produz relevantes consequências no plano dos custos; requerem investimentos de recursos materiais e humanos exclusivamente direcionados para a transação. As transações idiossincráticas podem acabar transformando a relação entre comprador e fornecedor em um verdadeiro monopólio bilateral.” (FORGIONI, Paula. Contrato de distribuição. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 232).

¹¹⁵ Na mesma linha, analisando o ordenamento jurídico português, afirmam Livia Ximenes Damasceno e Alexandre Libório Dias Pereira que “a inexistência de alternativa equivalente é a principal causa de um estado de dependência” (DAMASCENO, Livia Ximenes; DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. A dependência

extinção da avença; e (iv.) o *período de crise (pénurie)*, em que naturalmente as opções do mercado se tornam mais escassas – atingindo mais direta e rigidamente as menores empresas.

Em dissertação de mestrado orientada pela própria Paula Forgioni, Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi¹¹⁶ arrola como *fontes* da dependência econômica (i.) o *poder de compra*; (ii.) a *marca do produto*; e (iii.) a conjuntura de mercado – sobretudo no *período de crise*.

Na Itália, Silvia Benucci¹¹⁷ revela quatro espécies de dependência econômica: (i.) a *dipendenza di assortimento*, em que a dependência se dá pela especificidade do produto comercializado, que possui *larga diffusione tra il pubblico*; (ii.) a *dipendenza di penuria*, que ocorre quando a empresa débil repentinamente se vê privada de um fornecedor que não possa ser substituído rapidamente; (iii.) a *dipendenza da rapporti commerciali*, decorrente da impossibilidade de que a parte mais *fraca* substitua seu parceiro comercial sem um “*pregiudizio rimarchevole sulla sua attività*”; e, por fim (iv.) a *dipendenza del fornitore*, em que a sujeição da empresa débil em relação à *forte* se dá por conta do elevado grau de vinculação de seu faturamento àquela¹¹⁸.

Ainda que os pressupostos referidos por esses autores possuam algumas distinções importantes, pode-se dizer que todos comungam de algumas ideias centrais como (i.) a assimetria entre as partes e o poder consequentemente divergente entre elas; (ii.) uma disparidade no poder de negociação de cada uma no que diz respeito à conformação do conteúdo contratual; e (iii.) a vinculação da *sobrevivência* da parte *fraca* àquela certa relação contratual, sobretudo pela alta lucratividade dela advinda ou pela inexistência de alternativas viáveis no mercado¹¹⁹, não-raro pela especialidade do produto distribuído.

Apesar dessa tentativa de sistematização, é inegável o alto grau de subjetividade das características assinaladas pela doutrina para a dependência econômica. Parece faltar, para

econômica nos contratos de adesão nas relações entre empresas: uma análise luso-brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115/2018, pp. 357-390, jan-fev/2018).

¹¹⁶ HAJ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Profa. Paula Forgioni. Universidade de São Paulo, 2007. O autor gentilmente cedeu uma cópia do trabalho, por e-mail, para subsidiar a redação desta dissertação.

¹¹⁷ BENUCCI, Silvia in *Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Giuseppe Vettori*. Padova: CEDAM, 2002, pp. 225-229.

¹¹⁸ Georges Virassamy também atenta para a questão relativa aos “*profits tirés de la relation contractuelle dans la structure de revenus de l’assujetti*”, pontuando que a caracterização da dependência econômica envolve a verificação concreta e casuística de “*l’existence d’une exclusivité ou d’une quasi exclusivité qui marque le degré de dépendance du détaillant à l’égard de son fournisseur*”. (VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Paris: Librairie Generale de Droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1986, pp. 137-138).

¹¹⁹ Gianroberto Villa refere que está justamente nesse ponto a característica mais marcante do desequilíbrio: “*pochi o nulli sono i soggetti capaci di offrire l’opportunità dell’affare; molti i soggetti interessati ad aderire*”. (VILLA, Gianroberto. *Invalità e contratto tra imprenditore in situazione asimmetrica in Il terzo contratto: abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolonha: Editrice Il Mulino, 2008, p. 161).

evitar proteções desmedidas, um critério objetivo a ser adotado. Afinal, na prática, quando se pode afirmar haver dependência econômica de uma parte em relação à outra? É possível estabelecer um critério fixo e objetivo para isso?

A legislação brasileira inegavelmente silencia a esse respeito, deixando ao arbítrio do julgador a avaliação acerca da caracterização da dependência econômica. Contudo, deve ser salientada a apresentação de um Projeto de Lei no Senado Federal, o PLS nº 301/2014, que trata do tema especificamente no âmbito dos contratos de distribuição, por iniciativa do Senador Flexa Ribeiro, estando a matéria aguardando avaliação pela Comissão de Assuntos Econômicos desde 09/06/2016¹²⁰.

Ainda que o texto não tenha sido aprovado até o momento, a justificativa dada pelo Senador quando da proposição é interessante de ser vista, pois evidencia uma preocupação elevada com o momento da extinção de ajustes dessa natureza, mormente por conta da sobrevalência econômica de uma parte em relação a outra.

Com este projeto, pretendemos disciplinar os contratos de distribuição em que uma das partes é economicamente dependente da outra, ficando caracterizada a dependência quando cinquenta por cento ou mais do faturamento bruto de uma das partes provierem, direta ou indiretamente, da somatória dos contratos de distribuição entre elas mantidos.

Por falta de regulamentação, quando da rescisão desses contratos, o Poder Judiciário tem sido frequentemente acionado para decidir sobre os direitos das partes, especialmente no que diz respeito às indenizações devidas. Na ausência de definição de critérios em lei, as soluções não têm sido homogêneas, o que gera insegurança jurídica.

Por esse motivo, propomos a definição de critérios para estabelecer as indenizações devidas, tanto no caso de denúncia motivada quanto imotivada do contrato de distribuição. Dessa forma, não só se beneficiam as partes, que passam a dispor de um diploma legal que define as indenizações devidas, mas o próprio Poder Judiciário, que tende a ser menos acionado para resolver conflitos nessa seara, em razão da regulamentação da matéria.

O referido Projeto de Lei traz uma série de previsões bastante discutíveis, manifestamente dotadas de um viés protetivo dos distribuidores em detrimento dos fabricantes e do legítimo direito de resilir¹²¹. De toda sorte, o que é pertinente para efeitos deste trabalho é avaliar o texto do artigo 1º da proposição, que assim dispõe:

¹²⁰ Informação disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118719> [acesso em 08/05/2018].

¹²¹ Sobre a resilição em ajustes dessa natureza: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7/2016, pp. 95-117, abr-jun/2016.

Art. 1º Esta Lei aplica-se aos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias, nos quais o distribuidor, em caráter não eventual, adquire produtos do fornecedor para revenda a grosso ou a retalho, nas hipóteses em que cinquenta por cento ou mais do faturamento bruto de uma das partes provierem, direta ou indiretamente, da somatória dos contratos de distribuição entre elas mantidos.

§ 1º Para fins de cálculo do percentual de faturamento bruto, deverão ser considerados os faturamentos de todas as empresas integrantes do mesmo grupo econômico de cada uma das partes.

§ 2º O contrato de distribuição poderá prever a licença de uso de marca, de outros sinais distintivos e de tecnologia.

§ 3º A forma escrita não é obrigatória aos contratos previstos nesta Lei, que admitem prova por qualquer meio lícito.

Independentemente de qualquer juízo de valor quanto à matéria, importa perceber que o artigo 1º do Projeto de Lei cria um critério objetivo para aferir-se a existência de dependência econômica de uma parte em relação a outra, notadamente no âmbito de contratos de distribuição, inexistente até hoje. Para o Senador Flexa Ribeiro, essa baliza deveria ser instalada a partir do critério *faturamento bruto* do distribuidor: em sendo o faturamento bruto do distribuidor mais de 50% (cinquenta por cento) proveniente do fornecedor em questão, caracterizada estaria a dependência econômica¹²².

Como se vê da íntegra da proposição, o intento do Projeto de Lei claramente é o de proteger os distribuidores da resilição inesperada de ajustes pelo fornecedor, partindo toda essa salvaguarda justamente da premissa de que em muitos desses casos há dependência econômica por parte do distribuidor. Mas se as disposições em si são discutíveis, há algo a se ressaltar no texto: finalmente se pretendeu estabelecer, com um critério objetivo, quando existe dependência econômica, buscando de alguma forma fechar as portas para um ativismo judicial exacerbado em questões da estirpe.

Não se pode ignorar de outro lado, porém, que a definição de um critério objetivo também enseja um questionamento relativo à pertinência de estipular-se um número que independa da avaliação casuística da relação entre as partes ou da evolução desse comprometimento de faturamento ao longo do tempo, como se poderia depreender do texto apresentado. Isso porque uma disposição fechada e rígida como essa exigiria que o contratante *forte* conhecesse e mantivesse acompanhamento constante dos demais negócios praticados pelo

¹²² A questão do faturamento do distribuidor frente ao fornecedor (ou do *fraco* frente ao *forte*) foi importante, por exemplo, na decisão proferida no caso conhecido como Caso dos Produtos Tostines, que será abordado mais detalhadamente adiante. Lá, um dos motivos pelos quais se conferiu proteção ao distribuidor então inadimplente, além da boa-fé objetiva, foi precisamente a circunstância de que seu faturamento era comprometido em mais de 70% frente ao fornecedor.

fraco, medindo habitualmente o quão comprometido está o faturamento deste último com o negócio que as partes mantêm.

Uma alternativa interessante a essa definição seria que a definição desse número gerasse tão somente uma presunção *juris tantum* de dependência econômica, a ser avaliada caso a caso pelo juiz ou árbitro na hipótese de um conflito. Assim, nada obstante a pressuposição de existência de alguma sujeição da parte *fraca* em relação à parte *forte* quando atingido esse certo grau de comprometimento de faturamento, isso poderia ser controvertido no caso concreto, evidenciando-se, por exemplo, se havia exigência de exclusividade na atividade ou se o distribuidor poderia, se assim julgasse adequado, exercer atividades semelhantes para outros fornecedores, ainda que de nicho de mercado distinto. Isso traria alguma complexidade à atividade de solução do conflito, é claro, mas evitaria a adoção de comportamentos oportunistas pelo distribuidor que, não se ignore, em grande parte das situações obtém alto ganho financeiro da relação mantida com o mais *forte*.

Um mecanismo de presunção como esse existe, por exemplo, na Lei das Sociedades Anônimas, relativamente à definição de *influência* em partes coligadas, em cujo parágrafo quinto do artigo 243 se refere haver “influência significativa” quando “a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”. Lá, a ideia é de que haja uma pressuposição de que existe a *influência significativa*, mas deixando-se aberta a possibilidade de que a ausência de influência seja demonstrada casuisticamente pela parte interessada (trata-se, pois, de uma presunção *juris tantum*).

No âmbito das relações com dependência econômica, a solução poderia ser a mesma: definir-se que, em havendo relevante comprometimento do faturamento da parte *fraca* em relação à parte *forte*, ter-se-ia uma presunção de dependência econômica da primeira em relação à segunda, sem prejuízo da possibilidade de que se demonstre, *in concreto*, que isso efetivamente não ocorria – ou, no mínimo, que a parte *forte* assim não exigia.

Porque tão importante quanto definir se há dependência econômica propriamente dita é checar se isso se dá porque a parte *forte* assim demanda ou porque a parte *fraca*, certa de que aquela relação lhe é benéfica e lucrativa, decide direcionar seus esforços exclusivamente à execução desse contrato específico. Nesse cenário, por uma questão de boa-fé, a parte *forte* não poderia ser penalizada pela dependência econômica espontânea e deliberadamente constituída pela parte *fraca*.

Para além do Projeto de Lei recém referido, outra possível inovação legislativa para os próximos anos que trata do tema de alguma maneira é o projeto de Código Comercial (Projeto

de Lei 1.572/2011, do Deputado Federal Vicente Cândido), em tramitação na Câmara de Deputados desde 14/06/2011¹²³. Isso porque o artigo 303 do texto apresentado à Câmara, ao estabelecer os “princípios do direito contratual empresarial”, assim refere:

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.

Mais adiante, ao explorar a ideia de *relação contratual assimétrica* do inciso III, assim consta da proposição:

Art. 306. A proteção que este Código libera ao contratante economicamente mais fraco, nas relações contratuais assimétricas, não pode ser estendida para preservá-lo das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas de suas decisões na condução da empresa.

§1º A assimetria das relações contratuais entre empresários será considerada pelo juiz em razão direta da dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro.

§2º Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação.

E posteriormente, no artigo 313, se refere o seguinte:

Art. 313. Se uma das partes for microempresário ou empresário de pequeno porte, e a outra não, esta, se perceber que, no curso das negociações, a carência de informações está comprometendo a qualidade das decisões daquela, deverá fazer alertas esclarecedores que contribuam para a neutralização da assimetria.

Como se vê, o projeto de Código Comercial aborda especificamente o tema da assimetria econômica em contratos empresariais, dispensando tratamento manifestamente protetivo da parte mais *fraca* da relação. Ao fazê-lo, contudo, confunde claramente a assimetria propriamente dita com a dependência econômica – expressões que não são sinônimas e estão longe de possuir o mesmo significado, já que nada impede, como visto, que haja assimetria sem dependência.

¹²³ Posteriormente, em 2013, o Senador Renan Calheiros apresentou proposta semelhante ao Senado Federal (PLS 487/2013).

Mais do que isso, o texto cria um cenário de superproteção da parte economicamente débil, sobretudo por conta do aprofundamento do dever de informar previsto no artigo 313. É exatamente essa a crítica feita por Luciana Yeung e Luciano Benetti Timm quando afirmam que “esses dois dispositivos relacionados à proteção do contratante economicamente mais *fraco* são extremamente nocivos para o ambiente de negócios”, pois “não é papel do empresário tutelar os negócios da outra parte. O microempresário e o empresário de pequeno porte são pessoas com capacidade de fato e de direito”¹²⁴.

O mais relevante a se extrair do projeto de Código Comercial, de toda sorte, é que, mesmo que aprovado, ele não servirá para dissipar as dúvidas quanto à real definição da dependência econômica, pois seu texto “gera incertezas nos negócios jurídicos empresariais, principalmente porque não há definição para ‘contratante economicamente mais fraco’ exatamente como ocorre atualmente. E note-se o quão importante seria que isso houvesse sido feito, uma vez que o Projeto dispensa tratamento diferenciado para relações contratuais dessa estirpe, criando enorme incerteza jurídica.

Analisado o estado atual da legislação brasileira quanto ao ponto, é curioso perceber o quão atrasado está o ordenamento jurídico do Brasil, uma vez que o direito italiano, por exemplo, trata expressamente do tema há bastante tempo, como se colhe do artigo 9º da Lei n. 192, de 18 de junho de 1998, cujo texto foi modificado pelo advento da Lei n. 57, de 5 de março de 2001, e segundo o qual se considera dependência econômica a situação em que “*un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*”. Ainda segundo o dispositivo, “*la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*”.

Para a doutrina italiana, a aplicação desse artigo demanda, previamente, a definição dos pressupostos para que se conclua haver, de fato, uma relação de dependência econômica. Nesse sentido, afirma Silvia Benucci, em obra organizada por Giuseppe Vettori, que o ponto central da discussão reside em

verificare se sia giuridicamente rilevante una posizione di dominazione relativa – cioè relazionale – in sé; ovvero se questa rilevi solo in presenza di un ulteriore elemento essenziale costituito dal fatto che la parte ‘debole’, non

¹²⁴ YEUNG, Luciana; TIMM, Luciano Benetti. Uma análise econômica do projeto para o novo Código Comercial brasileiro. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 4/2014, pp. 13-58, jul-ago/2014.

disponendo sul mercato di alternative soddisfacenti, è costretta a sopportare condizioni contrattuali eccessivamente gravose.¹²⁵

É conveniente ver que a legislação italiana menciona como um dos aspectos importantes do conceito de dependência econômica a circunstância de que a parte “débil” não possua condições fáticas de se recolocar no mercado na hipótese de extinção da relação contratual em questão, com aquela parte mais *forte*. Não bastaria, portanto, nem a assimetria entre os contratantes nem o comprometimento de faturamento da parte *fraca* em relação à parte *forte*; seria necessário, mais do que isso, que não houvesse *alternativas* para a parte *fraca* no mercado na hipótese de extinção da avença em questão, o que obviamente restringe sobremaneira a caracterização do instituto.

Na França, o tema ganhou importância a partir da reforma do direito contratual e das obrigações ocorrida em meados de 2016, quando inseridas disposições específicas quanto ao abuso da dependência que serão analisadas a seguir. O legislador francês não manifestou expressamente o que seria dependência econômica ou traçou critérios objetivos para sua caracterização no caso concreto, mas a doutrina daquele país vem construindo os contornos dogmáticos do instituto pontuando que “*l'état de dépendance vise la situation d'une personne qui a perdu son autonomie par rapport à un autre, la dépendance pouvant, par exemple, être économique*”¹²⁶.

Algumas características dessas relações, nada obstante, constam do artigo L420-2 do Código Comercial francês, modificado pela Lei 2005-882, de 02 de agosto de 2005, que trata das micro e pequenas empresas:

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

¹²⁵ BENUCCI, Silvia *in Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Giuseppe Vettori*. Padova: CEDAM, 2002, p. 222.

¹²⁶ CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Paris: Éditions Dalloz, 2016, p. 280.

A Autoridade de Concorrência de Portugal¹²⁷, por sua vez, ainda que avaliando o tema sob o enfoque antitruste, delinea alguns aspectos que marcariam as relações com dependência econômica:

Como notas essenciais desta figura podemos destacar que i) o abuso de dependência apenas se pode verificar numa relação vertical entre duas empresas; ii) a empresa “vítima” tem que se encontrar num estado de dependência econômica da empresa “dominante”, atendendo à inexistência de alternativas equivalentes. Considera-se que a empresa “vítima” não dispõe de alternativa equivalente quando o fornecimento do bem ou serviço em causa for assegurado por um número restrito de empresas e a empresa “vítima” não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável; iii) a empresa dominante tem que ter adotado comportamentos em relação à empresa “vítima” que, no âmbito daquela relação de dependência, sejam considerados abusivos. A lei exemplifica alguns desses possíveis comportamentos abusivos: recusa de fornecimento, corte abrupto de relações comerciais, tendo em conta as relações comerciais anteriores ou os usos do ramo de atividade econômica, entre outros; e, finalmente, como já se referiu, iv) a exploração abusiva da situação de dependência econômica tem de ser suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência

Quer-se dizer, como já está claro, que diversos ordenamentos jurídicos se debruçam sobre o tema da assimetria das relações contratuais e inclusive da dependência econômica que por vezes deriva dessa situação, reprimindo-a sempre que houver abuso na relação entre as partes ou em suas interações com o mercado como um todo. Ao fazê-lo, contudo, os diplomas analisados traçam apenas alguns aspectos subjetivos para determinação do que seria, de fato e objetivamente, a dependência econômica.

Em uma tentativa de sistematização, então, pode-se dizer que os aspectos analisados até aqui vão no sentido de que a dependência econômica se caracteriza, fundamentalmente, por: (i.) uma assimetria econômica entre as empresas envolvidas; (ii.) um grande comprometimento do faturamento da empresa *fraca* em relação à empresa *forte*, vinculando a manutenção da avença à *sobrevivência* da primeira no mercado; (iii.) conseqüentemente, uma importante discrepância no poder das partes envolvidas nessa relação, seja no momento de conformação do conteúdo do contrato, seja em sua execução propriamente dita; e (iv.) finalmente, uma impossibilidade de que a empresa mais *fraca* redirecione sua atividade no mesmo nicho de

¹²⁷http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Abuso_de_Dependencia_Economica/Paginas/Abuso-dependencia-economica.aspx [acesso em 18/05/2018]

mercado na hipótese de extinção do contrato em questão, dada a escassez de alternativas de mesmo patamar.

Tudo isso é dito, contudo, com a ressalva de que a dependência econômica em si não é algo patológico e não deve ser considerado um ato ilícito perpetrado pela parte *forte*, mesmo que efetivamente caracterizada a partir dos critérios acima delineados. Ao contrário, trata-se de situação que deve ser vista a partir do pressuposto de que os negócios estabelecidos entre partes assimétricas, mesmo quando caracterizada dependência econômica, podem ser altamente benéficos à parte mais *fraca*, que se beneficia largamente da relação mantida com a parte mais *forte*, e a simples perda econômica derivada desse contrato não representa um fato legalmente relevante por si só¹²⁸. Por isso, nada obstante o cuidado maior a ser dispensado pelo intérprete na avaliação de contratos dessa natureza, jamais se pode descurar da percepção de que a parte mais *forte* não pode ser penalizada pelo simples fato de sê-lo; deve haver, de fato, um abuso importante dessa condição para que se cogite de qualquer irregularidade.

¹²⁸ Isso é pontuado com muita clareza por Gianroberto Villa, que refere que, por mais *fraca* que seja, a parte que se envolve em contrato comercial tem capacidade de avaliar os prós e contras dessa sua decisão. Afirma o autor: “*per debole che sia, la parte valuta pro e contra del rapporto con il potente e sceglie di aderire: l'affare potrebbe poi rivelarsi meno conveniente del previsto o addirittura potrebbe implicare perdite e svantaggi inattesi o insufficientemente considerati ab initio. Dovremmo in questi casi pensare alla protezione del debole ed al ristoro della perdita? La risposta è intuitiva prima che normativa: la perdita economica non implica un fatto giuridicamente rilevante, neppure quando si determini in un rapporto originariamente squilibrato*”. (VILLA, GIANROBERTO. *Invalità e contratto tra imprenditore in situazione asimmetrica in Il terzo contratto: abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolonha: Editrice Il Mulino, 2008, p. 162).

1.3.3. O ABUSO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Toda a construção feita nos itens anteriores vai no sentido de que a dependência econômica, assim como a pura assimetria contratual, nada tem de ilícita. Na verdade, essas são situações naturais do mercado e que assim devem ser tratadas pelo Direito – como algo fisiológico, e não patológico.

Por outro lado, porém, não há como se ignorar que em certas situações a dependência econômica efetivamente possibilita uma conduta abusiva por parte do contratante mais *forte* em detrimento do mais *fraco*, que se vale dessa condição favorável para obter ganhos excessivos e gerar prejuízos à contraparte. Afinal, como refere Judith Martins-Costa, “a ordem jurídica reconhece haver relações contratuais fundadas numa assimetria estrutural, pela disjunção entre os poderes de fato reconhecidos aos seus sujeitos”, razão pela qual “assegura uma proteção jurídica especial a essas situações”¹²⁹.

Eis, aí sim, o campo em que o Direito deve atuar de forma dura e severa, punindo comportamentos antijurídicos e abusivos – os “ilícitos comerciais”¹³⁰ – a fim de “impedir que o agente em situação de superioridade em relação à contraparte use seu poder indevidamente”¹³¹. O que o Direito deve coibir, noutras palavras, é o “comportamento oportunista”, abordado na Análise Econômica do Direito e referido especificamente por Mackaay e Rousseau:

Trata-se do comportamento de um dos contratantes que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante – as quase-rendas, segundo vocabulário do economista – que cada parte considerara quando de sua conclusão. Da modificação da repartição de ganhos do contrato decorre não se atingir, necessariamente, a situação em que cada parte auferir o ganho esperado; se uma das partes sofre perda – e não apenas um ganho menor – o contrato não refletirá um ganho de Pareto, e não se pode mais garantir que tal ‘troca’ leve ao avanço do bem-estar social. A ação oportunista, tentadora para a pessoa em caso isolado, perturba o interesse geral. (...) A parte vítima do ato oportunista lamenta ter celebrado o acordo. A lástima, por antecipação, lança sombra sobre sua decisão e as de outras pessoas na mesma situação, quanto a se vincular contratualmente.¹³²

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 301.

¹³⁰ VILLA, GIANROBERTO. *Invalidità e contratto tra imprenditore in situazione asimmetrica in Il terzo contratto: abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolonha: Editrice Il Mulino, 2008, p. 168.

¹³¹ FORGIONI, Paula. Contrato de distribuição. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

¹³² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito* (trad. Rachel Sztajn), 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 422-423.

Sob o ponto de vista do direito civil, a questão pode ser reconduzida à noção de abuso do direito, tão desenvolvida no exterior¹³³ e que, no Brasil, culminou em disposição expressa no artigo 187 do Código Civil de 2002, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A própria redação do dispositivo, aliás, dá a tônica dos largos aspectos do abuso do direito: ele ocorre quando um agente, ainda que titular de certo direito, o exerce de forma abusiva – seja quanto aos fins econômicos e sociais desse direito, seja em desrespeito à boa-fé e aos bons costumes.

Segundo Bruno Miragem, em importante obra sobre o tema entre nós, o abuso de direito se caracteriza como uma nova espécie de ilicitude civil¹³⁴ trazida pelo Código Civil de 2002 e que representou a modificação do sistema de ilicitudes do Código Civil de 1916, cuja análise oriunda do artigo 159 era centrada na culpabilidade do agente e no dever de indenizar que dela decorria. Justamente por isso, aliás, “o artigo 187 não exigiu a culpa ou o dano como elementos integrantes do conceito, mas apenas a violação aos limites estabelecidos ao exercício do direito pretendido”.

O abuso, enfim, dá caráter antijurídico a um ato aprioristicamente lícito, uma vez que representa “a contrariedade do exercício dos direitos sem observância dos princípios informadores do direito exercido em si, e do próprio sistema jurídico, colocando-a contrariamente ao disposto na norma que consagra o direito”¹³⁵. Se dá, nesse sentido, quando o policial, a despeito de munido de poder de polícia, o exerce de forma desmedida; quando o credor, apesar de possuir valores a receber, submete o devedor a situação vexatória; quando o acionista, detentor de direito de voto, dele se vale para obstaculizar o funcionamento de certa empresa; quando os trabalhadores, albergados no legítimo direito de greve, a fazem em violação às regras mínimas de manutenção da produção, etc.

São situações em que *a priori* o direito socorre ao agente, mas a forma com que desempenhada a conduta a retira dos limites da legalidade, constituindo ato ilícito¹³⁶ propriamente dito, decorrente do exercício inadmissível de posições jurídicas legítimas¹³⁷. Daí

¹³³ Sobre o desenvolvimento da doutrina do abuso do direito em perspectiva histórico-comparada: BAPTISTA MARTINS, Pedro. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 33 e ss.

¹³⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103.

¹³⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103.

¹³⁶ LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 105.

¹³⁷ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

que Renan Lotufo conceitue o abuso de direito como “o abuso de situações causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido”¹³⁸.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, examinando o tema sob a perspectiva do direito espanhol, definem que “a ação A, realizada por um sujeito S, nas circunstâncias X é abusiva se e apenas se”: (i.) existe uma regra que permite que o sujeito S aja nas circunstâncias X; (ii.) como consequência da ação de A, outros sujeitos sofram um dano D, sem que exista regra que proíba que se cause D; (iii.) D, contudo, surja como um dano injustificado *a posteriori*, pois, ou o sujeito S propositadamente buscava o dano D, ou D se afigura como um dano excessivo e anormal para a situação S; e (iv.) assim, o caráter injustificado do dano D determina que a ação A esteja para além dos princípios que justificavam a legitimidade da conduta de S¹³⁹.

Especificamente em matéria contratual, “sempre que o exercício da faculdade assegurada por cláusula desviar-se de seu fim econômico (*i.e.*, de sua função econômica) haverá abuso de direito”¹⁴⁰. E esse abuso pode se dar em todas as fases da “vida de um contrato”, como refere Pedro Baptista Martins¹⁴¹ colhendo as lições de Josserand: (i.) no curso do período pré-contratual; (ii.) na conclusão do contrato; (iii.) na execução do ajuste; (iv.) na dissolução da relação ou (v.) no período pós-contratual.

Como visto acima, parece estar claro que a dependência econômica em si não é ilícita. Ao contrário, trata-se de uma situação aceita pelo Direito e estimulada pelo mercado, sobretudo por conta dos fins econômicos importantes que relações dessa natureza traduzem. Ou seja: a parte mais *forte* da relação contratual *tem direito* de sê-lo, de forma lícita e regular, nos termos do artigo 188, inciso I, do Código Civil de 2002.

No âmbito das relações assimétricas com dependência econômica, todavia, a abusividade pode se fazer presente desde o momento da conformação do conteúdo contratual, quando a parte mais *forte*, estabelecendo minutas como julga mais favorável aos seus interesses, pode se valer dessa condição privilegiada para criar vantagem excessiva em seu favor. Repise-se que a simples estipulação de contratos de adesão não é ilícita, como visto; “são, todavia, evidentes os perigos de abuso desta figura”, fazendo referência Mota Pinto a aspectos como a

¹³⁸ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 499.

¹³⁹ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 48-49.

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 151.

¹⁴¹ BAPTISTA MARTINS, Pedro. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 39.

restrição da liberdade *factual* de contratar, a alteração de soluções consagradas na legislação com favorecimento unilateral do “emitente do formulário”, possível cartelização, etc¹⁴².

De fato, como menciona Rémy Cabrillac¹⁴³, a essência das relações interempresariais é a obtenção de lucro e, nesse sentido, em tese nada haveria de ilegal em estipularem-se contratos em que uma parte seja mais *forte* e obtenha mais riquezas do que a outra. É no abuso dessa situação que reside o problema:

Si la esencia de las relaciones contractuales, en particular de las relaciones comerciales, es que los contratantes obtengan riqueza, aquel que logra obtener riqueza en base a su instinto para los negocios no tendría por qué ser sancionado. Sin embargo, este derecho no puede ser ejercido abusivamente. Será, entonces, el abuso de poder económico expresa o implícitamente evocado el instrumento a ser aplicado al caso.

Ocorre que a caracterização do abuso de dependência econômica é altamente subjetiva, mormente porque, no Brasil, não há disposição legal expressa que a traga ao ordenamento, como visto acima. Podem-se utilizar para fins referenciais, nesse mister, as linhas dadas por outros sistemas, como aquelas advindas da Autoridade de Concorrência de Portugal¹⁴⁴, segundo a qual o instituto se caracteriza por

uma prática que decorre da utilização ilícita por parte de uma empresa do poder ou ascendente de que dispõe em relação a outra empresa, que se encontra em relação a ela num estado de dependência, por não dispor de alternativa equivalente para fornecimento dos bens ou prestação dos serviços em causa

No direito italiano, a legislação também traz um conceito específico no já referido artigo 9º da Lei de 18 de junho de 1998, nº 192, modificado pela Lei de 6 de março de 2001, nº 57:

Abuso di dipendenza economica

1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza

¹⁴² MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 103-104.

¹⁴³ CABRILLAC, Rémy. La violéncia económica: panorama de derecho comparado. *Revista ius et veritas*, n. 53, dezembro/2016.

¹⁴⁴

Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_Dependencia_Economica/Paginas/Abuso-dependencia-economica.aspx [acesso em 23/05/2018].

economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo.

Em linha semelhante, a Ley de Competencia Desleal espanhola assim dispõe:

Artículo 16. Discriminación y dependencia económica

1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.

2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

3. Tendrá asimismo la consideración de desleal:

a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

A Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes francesa, partindo do *Code de Commerce*, assim define o abuso:

L'abus de dépendance économique s'observe généralement dans les relations clients-fournisseurs. Il se caractérise par une situation où une entreprise profite abusivement de l'état de dépendance dans lequel se trouve un partenaire commercial.

A análise desses dispositivos legais revela, como adiantado, uma preocupação intensa de diversos sistemas jurídicos com o tema. E pudera: as interações entre empresas *grandes* e *pequenas* jamais foram tão intensas, e o Direito deve ser capaz de ofertar soluções para equacioná-las da forma mais razoável.

É que, como ressalta Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi, são diversas as práticas abusivas passíveis de cometimento no bojo de relações com dependência econômica, podendo-se dividi-

las em condutas e condições contratuais (i.) gravosas; (ii.) discriminatórias; ou (iii.) que visam a dificultar o desenvolvimento ou romper relações comerciais. As primeiras seriam aquelas que ou atribuem a uma das partes uma vantagem excessiva e injustificada, incompatível com a economia do contrato, ou violam a boa-fé objetiva ou, ainda, estabelecem um desequilíbrio substancial entre deveres e obrigações de cada parte¹⁴⁵. As segundas, aquelas mediante as quais a parte mais *forte* “aproveita-se da situação de dependência econômica para obter tratamento diferenciado junto ao dependente”¹⁴⁶. E as terceiras, aquelas condutas específicas adotadas pela parte mais *forte* para claramente dificultar ou forçar o encerramento da relação contratual, como a alteração de políticas previstas no contrato em desfavor da parte débil.

Para Maria Margherita Parini – que parte da legislação italiana a respeito – o abuso de dependência econômica ocorre quando a parte mais *forte*, valendo-se de sua posição privilegiada, “*imponga all'altra una regolamentazione iniqua, caratterizzata da condizioni contrattuali eccessivamente gravose o discriminatorie, che, in assenza di dipendenza economica, la controparte non avrebbe accettato*”¹⁴⁷.

Na França, reitere-se, o assunto ganhou grande importância a partir da modificação do direito contratual e das obrigações havida em 2016, que alterou sobremaneira a forma com que a temática era abordada até então. Uma das mais importantes novidades inseridas pela reforma foi justamente o tratamento específico do tema do abuso de dependência econômica no rol de vícios do consentimento, especificamente no artigo 1.143, cujo texto é o seguinte:

Article 1.143. Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

Analisando o assunto precisamente sob o enfoque da importante reforma legislativa, Gaël Chantepie e Mathias Latina¹⁴⁸ acentuam que a mera situação de dependência econômica de uma parte em relação à outra não é suficiente para caracterizar um vício de consentimento

¹⁴⁵ HAJ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Profa. Paula Forgioni. Universidade de São Paulo, 2007, p. 106. O autor gentilmente cedeu uma cópia do trabalho, por e-mail, para subsidiar a redação desta dissertação.

¹⁴⁶ HAJ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Profa. Paula Forgioni. Universidade de São Paulo, 2007, p. 107. O autor gentilmente cedeu uma cópia do trabalho, por e-mail, para subsidiar a redação desta dissertação.

¹⁴⁷ PARINI, Maria Margherita. *Terzo contratto e strumenti di tutela forniti all' 'imprenditore debole'*. Tese de Doutorado, Università degli studi di Verona. Orientador: Prof. Francesco Ruscello. 2009/2010, p. 117.

¹⁴⁸ CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Paris: Éditions Dalloz, 2016, p. 281.

abstrato e irrestrito: está no abuso desse panorama a irregularidade que o dispositivo busca combater.

La situation de dépendance de la victime ne suffit pas à caractériser la violence. Il est nécessaire que l'autre partie ait abusé de cette situation. Cette condition est évidente; tous ceux qui contractent avec des personnes fragiles ne sont pas nécessairement malhonnêtes... La violence de l'article 1143 du Code Civil est donc constituée si le cocontractant a profité de la contrainte qui pèse sur l'autre partie pour 'obtenir un avantage manifestement excessif'.

Nos Estados Unidos, o tema foi bastante desenvolvido sob a denominação de *economic duress*, algo que pode ser traduzido como “coação econômica”. O Black's Law Dictionary¹⁴⁹, contudo, conceitua apenas o termo *duress*:

Duress consists in any illegal imprisonment, or legal imprisonment used for an illegal purpose, or threats of bodily or other harm, or other means amounting to or tending to coerce the will of another, and actually inducing him to do an act contrary to his free will. *Heider v. Unicum*, 142 Or. 410, 20 P.2d 384, 385. Duress may also include the same injuries, threats, or restraint exercised upon the man's wife, child or parent. Distinguishable from undue influence because in the latter, the wrongdoer is generally in a fiduciary capacity or in a position of trust and confidence with respect to the victim of the undue influence. A condition where one is induced by wrongful act or threat of another to make contract under circumstances which deprive him of exercise of his free will. *Hyde v. Lewis*, 25 Ill.App.3d 495, 323 N.E.2d 533, 537. Includes any contract which overpowers will and coerces or constrains performance of an act which otherwise would not have been performed.

Quando adicionado ao qualificador “*economic*”, segundo a Oxford Reference, o termo significa o seguinte:

Historically, in contract law, a claim that a contract was voidable for duress could only be successful if a threat to the person (i.e. physical duress) had induced the contract. Now, however, a contract may be voidable for economic duress. The essential elements are that an illegitimate threat has been made (e.g. to breach an existing contract or to commit a tort) and that the injured party has no practical alternative to agreeing to the terms set out by the person making the threat.¹⁵⁰

No direito inglês, o tema da *economic duress* tomou relevância por influência do Lord Denning, em meados dos anos 1970, sendo paradigmático o caso *Universe Tankship*

¹⁴⁹ BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979.

¹⁵⁰ Disponível em <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095741349>

*Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation*¹⁵¹. Nesse precedente, discutiu-se situação em que o sindicato atuante em certo porto ameaçava bloquear o trânsito de um navio até que fossem pagas verbas destinadas aos trabalhadores do local. O pagamento foi feito pelo proprietário do navio por conta dos grandes prejuízos financeiros que sofreria se não o fizesse, mas a justiça inglesa acabou declarando nulo o pagamento justamente por entender que ele havia sido feito mediante coação econômica. Este era o embrião para desenvolvimento da doutrina da *economic duress* no direito inglês, mesmo que ainda hoje sua efetiva aplicação casuística seja excepcional¹⁵².

Ao fim e ao cabo, portanto, partindo-se das lições de Silvia Benucci, pode-se dizer que o abuso da dependência econômica é uma situação caracterizada por um *prius/posterius*, uma vez que primeiramente se deve verificar se há dependência econômica propriamente dita para, apenas então, saber se e em que medida essa dependência gerou alguma sorte de comportamento abusivo, *i.e.*, “*dall’eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi nei rapporti commerciali*”¹⁵³.

Destarte, é importante ter em mente que a aferição concreta da existência de abuso de dependência econômica não é nada fácil, uma vez que se colocam em contraposição a possibilidade de ocorrência dessa ilicitude e a premissa básica de que os contratos foram conformados de acordo com a vontade das partes e a autonomia que a lei as confere – sobretudo no âmbito empresarial. Por isso, mesmo na doutrina há importantes divergências quanto a essa questão.

Afirma-se, de um lado, que o contrato interempresarial deve ter suas cláusulas e previsões mantidas ferrenhamente, privilegiando-se a segurança jurídica e a previsibilidade no tráfego negocial. Justamente por isso, Fábio Ulhoa Coelho afirma, analisando especificamente os contratos de distribuição, o seguinte:

A distribuição é contrato atípico, isto é, as obrigações dos contratantes não se encontram disciplinadas na lei, de modo que os direitos e deveres das partes são exclusivamente os previstos pelo instrumento de contrato por elas firmado. Se, ao negociar a distribuição, o contratante (em especial o distribuidor) não se acutelou no sentido de preservar adequadamente seus interesses, ficará em prejuízo, já que o direito positivo não lhe assegura

¹⁵¹ Universe tankship Inc of Monrovia v. International Transport Workers Federation HL [1983] AC 366.

¹⁵² CABRILLAC, Rémy. La violência económica: panorama de derecho comparado. *Revista ius et veritas*, n. 53, dezembro/2016.

¹⁵³ BENUCCI, Silvia *in Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Giuseppe Vettori*. Padova: CEDAM, 2002, p. 220.

nenhuma outra proteção além do reconhecimento de validade e eficácia das cláusulas livremente pactuadas.¹⁵⁴

Por outro lado, Luciano de Camargo Penteado refere que a possibilidade de defender-se de forma fria e isolada o *pacta sunt servanda* seria justamente uma das duas maiores dificuldades para se aferir a existência, ou não, de abuso de dependência econômica entre dois contratantes:

Mas a configuração do abuso do poder econômico não é simples de explicitar, por duas razões de base. Uma é que raramente haverá, dado o princípio do auto-regramento da vontade privada, uma visualização do que é invasão e do que é permissão, dado haver a possibilidade de instituir ao outro o poder. Apesar das críticas, o voluntarismo é ainda muito presente no direito contemporâneo e ofusca análises claras. A outra dificuldade de enxergar o abuso do poder econômico no campo contratual é a tipologia das espécies obrigacionais dessa natureza, que pode vir a confundir o intérprete e fazê-lo pensar que, se houve tal ou qual contrato, é impossível haver abuso.¹⁵⁵

Demais disso, o fato de ter-se quanto ao ponto uma lacuna legislativa¹⁵⁶ é referido pelo autor, para quem os únicos diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro que tratam de relações assimétricas são a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Defesa do Consumidor. “Para as relações inter-empresariais, ou entre comerciantes individuais e empresas, não há norma que discipline o abuso enquanto tal, ou seja, como exercício irregular de posição jurídica que lese a de outro”¹⁵⁷.

A teoria do abuso de dependência econômica, com efeito, se presta a atuar como um “temperador da autonomia da vontade das partes”, como refere Adriana Valéria Pugliesi. Isso porque, nesses casos, ela poderá levar o intérprete a “reconhecer a nulidade (ou anulabilidade, conforme o caso) de certas disposições contratuais que permitam a concretização das hipóteses de utilização oportunista do poder econômico”¹⁵⁸, e sobretudo que representem vantagem ou desvantagem excessiva para uma das partes.

¹⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 92-93.

¹⁵⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, vol. 11/2002, pp. 138-153, jul-set/2002.

¹⁵⁶ Para Gustavo Saad Diniz, alguns diplomas legais esparsos trazem previsões ligadas de alguma forma à situação de dependência econômica, como certas disposições da Lei do Representante Comercial (Lei Federal nº 4.886/64), do Estatuto da Terra (Lei Federal nº 4.504/64, da Lei de Concessão Mercantil (Lei Federal nº 6.729/79) ou na Lei de Locações (Lei Federal nº 8.245/91).

¹⁵⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, vol. 11/2002, pp. 138-153, jul-set/2002.

¹⁵⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. *Revista de Direito Recuperacional e de Empresa*, vol. 7/2018, jan-mar/2018.

O entendimento mais pertinente, nesse sentido, parece ser o de que o abuso de dependência econômica é a patologia de algo fisiológico, autorizando a intervenção do julgador no conteúdo contratual sempre que haja relação interempresarial em que “(i) não exista equilíbrio de poder econômico entre as partes e (ii) por essa razão, a análise da conduta abusiva ganha relevo”¹⁵⁹. E o crivo a respeito desses abusos, claro, sempre deve passar pelas lentes da boa-fé, haja vista que esse é o “*criterio generale di valutazione del comportamento del soggetto nello svogimento della propria attività imprenditoriale*”¹⁶⁰.

Assentada a importância do instituto do abuso de dependência econômica e a clara preocupação com o tema mundo afora (mesmo nos princípios UNIDROIT, os artigos 3.2.7 e 6.2.2 têm ligação umbilical com essas ideias), fica um questionamento: em se caracterizando esse abuso, qual a consequência para o contrato?

Ricardo Lorenzetti, sem ignorar que negociações agressivas e pressões de parte a parte são aspectos ínsitos ao mercado em geral e que “*la regla, hasta ahora, es la legitimidad de estas conductas*”, coloca a “*presión económica*” como um dos “defeitos de consentimento” que afetam o contrato e para cuja ocorrência deveriam ser demonstradas: a antijuridicidade da pressão (que extrapola, assim, a razoabilidade de atividade empresarial), a relação de causalidade (*i.e.*, que a própria decisão de contratar, pela parte mais *fraca*, se deu em decorrência da pressão econômica exercida, o que não teria sido feito sem essa coação) e o que chama de “*culpa de la víctima*”. Esse último aspecto levantado na obra é bastante interessante, pois dá conta de que a parte mais *fraca* deve demonstrar que de alguma forma, ainda que minimamente, se insurgiu quanto à coação que sofria – e não aceitou-a passivamente para, após, reclamar do que tolerou, em violação à boa-fé:

Culpa de la víctima: la víctima debe demostrar cierta resistencia a la exigencia. No puede someterse a cualquier exigencia y luego reclamar ‘coerción’. Debe haber algún elemento de racionalidad en la respuesta de la víctima. Por ejemplo, si una víctima no hace uso de alguna alternativa razonable a su disposición para evitar la amenaza, esto puede usarse en su contra, con lo cual el argumento de coerción económica no podría ser usado.¹⁶¹

A ideia de reconhecer-se o abuso de dependência econômica como uma espécie do gênero vício de consentimento, tornando suscetíveis de anulação as cláusulas que assim tenham

¹⁵⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. *Revista de Direito Recuperacional e de Empresa*, vol. 7/2018, jan-mar/2018.

¹⁶⁰ BENUCCI, Silvia *in Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Giuseppe Vettori*. Padova: CEDAM, 2002, p. 230.

¹⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. 2. ed. Santa Fe, ARG: Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 365-366.

sido redigidas e que contenham excessiva vantagem para a parte mais *forte* ou exacerbada desvantagem para a parte mais *fraca* encontra ressonância no item 4:109 dos Princípios Europeus para o Direito dos Contratos:

Article 4:109: Profit excessif ou avantage déloyal

(1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat,

(a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation,

(b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les

circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif.

(2) À la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi.

(3) Le tribunal peut également, à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour profit excessif ou avantage déloyal, adapter le contrat, pourvu que cette partie, dès qu'elle a reçu la notification en informe l'expéditeur avant que celui-ci n'ait agi en conséquence.

A doutrina francesa desenvolvida a partir das reformas do Código Civil em 2016 vai na mesma linha, reputando igualmente se tratar de um vício de consentimento. Gaël Chantepie e Mathias Latina, todavia, pontuam que a solução mais adequada seria permitir que o juiz reequilibrasse o contrato para conservá-lo, como previsto em um dos projetos anteriores da reforma – previsão não encampada na versão final. Isso porque, tal como restou o texto aprovado, “*la victime de l’abus, compte tenu de la situation dans laquelle elle se trouve, pourra ainsi hésiter à agir, afin de ne pas perdre le bénéfice de la contrepartie qu’elle tire du contrat*”¹⁶².

A aproximação do abuso de dependência econômica (sobretudo na *economic duress doctrine*) ao instituto da coação do direito brasileiro foi objeto de tese de doutorado apresentada por Laura Coradini Frantz. No trabalho, depois de analisar a doutrina de americanos, ingleses, australianos e canadenses, a autora conclui pontuando os aspectos cuja concorrência é necessária para caracterização dessa figura:

Para que se configure a *economic duress*, é preciso que haja uma ameaça que objetive influenciar o comportamento da outra parte, levando-se em conta, para tanto, o efeito que ela teve em suas opções, isto é, em sua tomada de

¹⁶² CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*. Paris: Éditions Dalloz, 2016, p. 283.

decisão. Neste sentido, a ameaça de prejuízos econômicos, apta a causar *economic duress*, é aquela efetiva, que tenha sido o fator determinante ou substancial que levou o paciente a celebrar o contrato ou a sua modificação, mas não, necessariamente, o único fator que tenha contribuído na decisão. Além disso, a ameaça apta a gerar *economic duress* é aquela, em si, ilícita ou lícita, se o objetivo colimado é ilícito ou não possui relação com o contrato, ou é, em relação ao contrato, desproporcional. Importante critério para aferição da ilegitimidade da ameaça, principalmente aquela de ameaça de descumprimento contratual, é a boa-fé objetiva, isto é, quando uma determinada ameaça constitui uma quebra de um dever de boa-fé e de justa negociação.¹⁶³

Veja-se que a autora reconduz o tema da *economic duress* não propriamente ao abuso de direito, mas sim ao da coação, previsto no artigo 151 do Código Civil brasileiro, apontando que essa doutrina poderia ser aplicada desde logo no direito brasileiro, independentemente de modificações legislativas. O trabalho não deixa de lado a possibilidade de recepção pela via do artigo 187 do mesmo diploma, mas conclui que, apesar da grande conexão entre os institutos da coação e do abuso, não há necessidade de recurso a este último na implantação da *economic duress doctrine* no Brasil, pois a coação “recebeu regulação específica do codificador, por meio da anulabilidade dos negócios jurídicos” a partir dela celebrados ou modificados¹⁶⁴.

A crítica que se pode fazer a essa conclusão, contudo, está no fato de que a recepção da *economic duress doctrine* no direito brasileiro por meio do instituto da coação padece de uma consequência restritiva relevante, qual seja a de que o instituto seja passível de caracterização apenas no momento da formação do contrato ou de suas posteriores modificações pelas partes. A aproximação do abuso de dependência econômica por meio do abuso de direito do artigo 187 do Código Civil, por outro lado, abre as portas para sua caracterização também no momento da própria execução do contrato, no cotidiano da avença estipulada.

Essa é uma característica importante porque, de fato, diversos dos abusos surgidos no âmbito de relações com dependência econômica aparecem no cotidiano de execução desses contratos. Não se trata necessariamente de uma força manifestada apenas no momento da redação das cláusulas do contrato e que tenha gerado desde seu nascedouro um desequilíbrio entre as prestações, mas que pode se refletir em cada interação das partes em sua execução. Como refere Paula Forgioni, o abuso pode se dar em dois momentos distintos: ou quando da

¹⁶³ FRANTZ, Laura Coradini. *Possibilidade de aplicação da economic duress no direito brasileiro*. Tese de Doutorado, 2012. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora: Vera Maria Jacob de Fradera. Coorientadora: Judith Martins-Costa, p. 274.

¹⁶⁴ FRANTZ, Laura Coradini. *Possibilidade de aplicação da economic duress no direito brasileiro*. Tese de Doutorado, 2012. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora: Vera Maria Jacob de Fradera. Coorientadora: Judith Martins-Costa, p. 274.

estipulação de condições contratuais excessivamente favoráveis à parte mais *forte*, ou no curso da vida contratual “quer mediante o exercício abusivo de prerrogativas contratuais, quer mediante a imposição de modificação das condições negociais, quer na ruptura da avença”¹⁶⁵.

No caso do contrato de distribuição, por exemplo, grande parte dos conflitos surgidos entre as partes dizem respeito precisamente a atos praticados na execução do contrato. Tais embates derivam, muitas vezes, de específica situação em que o fornecedor unilateralmente reduz os preços de concorrentes do distribuidor, exige a realização de ações de marketing ou mesmo modifica unilateralmente a área concedida a esse distribuidor. Todas essas hipóteses¹⁶⁶ dizem respeito a aspectos nascidos durante a execução propriamente dita do contrato, de modo que não poderiam ser resolvidos pela coação (ou, assim, pela *economic duress doctrine*). A melhor solução, parece, valer-se da ideia de abuso de direito, avaliando-se se o fornecedor efetivamente poderia, de acordo com as circunstâncias concretas da avença, determinar tais condutas – e se o distribuidor, ao vê-las impostas pelo fornecedor, manifestou de alguma maneira sua insurgência.

Ao fim e ao cabo, pois, entende-se que o abuso da dependência econômica – que cria situações de vantagens ou desvantagens excessivas – há de ser repreendido pelo Judiciário, que deve ser capaz de marcar com muita clareza o limite entre uma simples má negociação feita pela parte mais *fraca* e aquelas situações em que a assimetria tenha causado prejuízo desmedido e quebra na assimetria das obrigações contratuais no momento da conformação do conteúdo contratual, em futuras modificações da avença ou no próprio cotidiano de sua execução, mediante imposições desmedidas, por exemplo.

Portanto, podem-se dividir as hipóteses de abuso de dependência econômica em dois grandes grupos, daí extraíndo-se as consequências de caracterização dessa situação.

Em se tratando de abusividade que culminou na inserção de cláusulas contratuais abusivas – *i.e.*, que representem vantagem e desvantagem excessiva – poder-se-ia cogitar de aplicação do instituto da coação, sem prejuízo das cautelas que recomenda o artigo 153 do Código Civil de 2002. Assim, por exemplo, se daria em caso em que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro reconheceu ter havido abuso de dependência econômica na existência de

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 267.

¹⁶⁶ Outro exemplo dado pela doutrina é o da situação em que grande rede de supermercado paulatinamente exerce seu poder econômico sobre fornecedores de forma abusiva, no que se convencionou denominar *buyers' power*. (RENNER, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007, p. 187.

cláusula de “não indenizar” em determinado contrato. Na oportunidade, a Corte¹⁶⁷ manteve integralmente conclusão exarada pelo Tribunal de Justiça do Paraná¹⁶⁸ no sentido de que, nada obstante fosse lícita a previsão de resilição imotivada do contrato, a inserção de cláusula que exonere o fornecedor de qualquer indenização pela extinção do contrato seria abusiva, autorizando a revisão pelo Judiciário.

O problema a ser superado, nessa situação, diz respeito ao fato de que as hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico, por uma questão de segurança jurídica, devem estar previstas expressamente na legislação, em rol *numerus clausus*, e não exemplificativo. Assim, como o artigo 171, II, do Código Civil brasileiro trata genericamente da coação como causa de anulabilidade, seria necessário entender-se – como faz Laura Coradini Frantz – que o conceito de coação do artigo 151 abrangeria não apenas a coação física (a que faz referência, mais claramente, o parágrafo único do dispositivo), mas também essa “coação econômica”. Mais do que isso, seria necessário entender-se que a coação prevista na legislação poderia ser aplicada também em benefício de pessoas jurídicas, o que contraria de alguma forma a lógica contida nos artigos 151 e 152 do Código Civil, que atrela a coação ao sexo, à idade, à condição, à saúde e ao temperamento do sujeito – situações, claro, inaplicáveis à pessoa jurídica.

De outro lado, em se tratando de abusividade manifestada independentemente da forma de redação do instrumento contratual, ou seja, na própria execução do contrato, aplicar-se-ia a doutrina do abuso de direito propriamente dito, intervindo o julgador para readequar o contrato e reequilibrar as prestações assumidas pelas partes. Assim, por exemplo, na hipótese de o fornecedor ter imposto unilateralmente uma elevação dos preços praticados junto ao distribuidor, a solução não seria alegar ter havido coação no momento da conclusão do contrato (o que seria inclusive inócuo), mas sim perceber a ilicitude da forma com que ele foi executado pela parte mais *forte*, determinando-se o pagamento das correspondentes indenizações.

Como se vê, os contornos dogmáticos do abuso de dependência econômica ainda são de certa forma incipientes no direito brasileiro, apesar do esforço de parte da doutrina de amalgamá-los, sistematizá-los e encontrar soluções legais para aplicação dessa noção. De toda sorte, o fato é que a lacuna legislativa existente a respeito cria cenário de constante insegurança jurídica, algo que há de ser avaliado e solvido, na esfera legislativa, nos próximos anos.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.224.400/PR*. Quarta Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 04/09/2012. Publicado no DJe em 13/09/2012.

¹⁶⁸ O acórdão então recorrido foi proferido nos autos da Apelação Cível nº 173.236-5, julgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná sob relatoria do Desembargador Miguel Pessoa, da 9ª Câmara Cível.

Deve-se manifestar desde logo, todavia, o entendimento de que o entendimento adotado por parte da doutrina, representada aqui por Laura Coradini Frantz, de atrelar o abuso de dependência econômica à coação padece de algumas dificuldades que parecem insuperáveis, como visto, sobretudo por conta da necessidade de estender-se às pessoas jurídicas certas disposições do Código Civil que claramente dizem respeito apenas às pessoas físicas. Mais do que isso, contudo, como a solução proposta por aquela autora indiscutivelmente não resolve os problemas decorrentes do abuso de dependência econômica em ocasião posterior à conformação do contrato, mas apenas no momento da redação das cláusulas do instrumento, ter-se-ia de criar uma sistemática dúplice para tratar do tema no Brasil, como visto acima (utilizar-se a coação quando a abusividade houver se manifestado no momento da conformação do contrato e o abuso de direito quando a situação se mostrar posteriormente, no cotidiano da relação).

A adoção dessa sistemática dúplice para o problema, entretanto, esbarra em uma questão muito clara: em se tratando de um mesmo fenômeno (o abuso de dependência econômica) e oriundo de uma mesma situação fática (a assimetria contratual), não parece fazer sentido estabelecerem-se duas soluções tão diferentes entre si. Por isso, renovada a vênua ao entendimento exposto anteriormente, entende-se que a solução só pode ser a de aproximar-se o abuso de dependência econômica especificamente ao abuso de direito, capaz, este sim, de solver a contenda tanto nas situações em que houver abusividade na conformação do contrato pela parte mais *forte* quanto naquelas em que dita condição sobrevenha durante a execução da avença.

2. A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Segundo Fernando Noronha¹⁶⁹, a boa-fé constitui um dos *princípios fundamentais dos contratos*, ao lado da autonomia privada e da justiça. Trata-se, aí, de uma quebra com relação à “concepção tradicional, que essencialmente afirma serem dois os princípios fundamentais dos contratos, o princípio da liberdade contratual e o da vinculatividade do pactuado”¹⁷⁰.

De fato, muito embora tradicionalmente os traços mais marcantes do contrato fossem a liberdade e a vinculação das partes ao que foi contratado, a evolução adicionou a essa equação uma carga axiológica importante, fazendo com que passassem a ser considerados também elementos como a boa-fé (a “matriz do direito das obrigações contemporâneo”¹⁷¹) e a função social dos contratos – ambos posteriormente positivados, no Brasil, no Código Civil de 2002. Esse movimento partiu de muitos dos pressupostos colocados nos itens anteriores deste trabalho, sobretudo da percepção de que a isonomia entre as partes que inicialmente se pressupunha foi sendo paulatinamente acrescida de uma segunda gama de relações contratuais, em que a distinção de poder de cada parte era marcante.

Ainda que o fator ético da relação entre os particulares estivesse presente já no Direito Romano¹⁷², foi modernamente que se maximizou a importância do vetor axiológico nessas interações, especialmente mediante utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais¹⁷³ de boa-fé, notadamente no §242 do BGB. Desde então, desdobra-se da boa-fé um “dever de consideração para com o *alter*”¹⁷⁴, fazendo com que as relações contratuais se afastem do individualismo rigoroso que as marcava até então para caminhar em direção a um ambiente mais ético e probo.

Ocorre que falar da boa-fé pressupõe a noção de que este está longe de ser um conceito unívoco, já que dotado de conteúdo inegavelmente abstrato, genérico e permeável. Muito antes de serem defeitos, contudo, essas são características marcantes do instituto e que talvez sejam justamente aquelas pelas quais seu desenvolvimento se deu de forma tão acelerada e intensa no

¹⁶⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

¹⁷⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

¹⁷¹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais in *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual* (coord. Cláudia Lima Marques) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

¹⁷² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 32.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, vol. 680, pp. 47-58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun/1992.

¹⁷⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

direito brasileiro, em que “a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar”¹⁷⁵. De fato, o próprio Miguel Reale, ao escrever sobre a história do Código Civil de 2002, refere que “o constante valor dado à boa-fé constitui uma das mais relevantes diferenças entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, que o substituiu”¹⁷⁶.

É claro que uma permeabilidade como essa demanda uma utilização escorreita do instituto pelo aplicador do Direito, já que “a conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé é, por igual, verificável apenas *in concreto*”¹⁷⁷. A boa-fé não é uma carta branca para o ativismo ou para o arbítrio, mas conceito propositadamente indeterminado a ser preenchido de acordo com um sem-número de circunstâncias que não poderiam ser previstas pelo legislador, em técnica legislativa que transfere ao aplicador – juiz ou árbitro – a responsabilidade de sopesar as circunstâncias concretas do caso e aplicar as regras da melhor forma possível.

Como bem pontua Clóvis do Couto e Silva, em capítulo que denomina “Boa-fé e direito dos juízes”, “a relevância dada ao princípio da boa-fé, no campo do direito das obrigações, expressa talvez a principal reação contra as ideias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do direito”. Esse afastamento do positivismo, contudo, “pode ser levado a extremos, ferindo-se, assim, outros valores que o ordenamento jurídico consagra”¹⁷⁸, razão pela qual o arbítrio do julgador ao aplicar a boa-fé “não é subjetivo, pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente tem de aplicar”¹⁷⁹.

A mesma preocupação havia sido externada por Miguel Reale, para quem a aplicação do princípio¹⁸⁰ jamais poderia ser feita em abstrato, exigindo sempre a conformação com as circunstâncias fáticas de cada caso e, especialmente, com aquilo que cada contrato estipula. Isso porque caberia ao Direito, munido de cláusula geral como essa, “captar a realidade factual por inteiro”, considerando o “complexo normativo em vigor, tanto o estabelecido pelo legislador como o emergente do encontro das vontades dos contratantes”¹⁸¹.

¹⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 32.

¹⁷⁶ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 249.

¹⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 38.

¹⁷⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 41.

¹⁷⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 42.

¹⁸⁰ “...princípios são normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*); seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*)”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 78).

¹⁸¹ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 249.

Não é por outra razão que a “Boa-fé no Direito Privado”¹⁸², de Judith Martins-Costa é inaugurada, na edição¹⁸³ de 2015, com uma “Nota” na qual são expostos os motivos pelos quais, tantos anos depois da primeira edição, datada de 1999, a autora se propunha a escrever novamente a respeito. Nessa Nota, é mencionada precisamente a expansão desmedida e desprovida de critérios e balizas do instituto pelo país como justificativa para a escrita dessa segunda versão da obra – afinal, como afirma, “oferecer critérios é também oferecer limites”¹⁸⁴.

Pois se a boa-fé é uma das “mais relevantes diferenças” do novo Código em relação ao seu antecessor, como pontuou Miguel Reale, é impositivo que seus desdobramentos sejam bem estudados. Afinal, basta uma simples busca nos ementários dos Tribunais do país para perceber uma verdadeira enxurrada de casos que são solvidos por conta da aplicação da boa-fé. Uma leitura mais atenta dessas decisões, todavia, evidencia que o preenchimento da permeabilidade do conceito não se dá de apenas uma forma, dada a multiplicidade de conflitos sociais em que, de fato, a boa-fé atua como pêndulo decisório.

Quer-se dizer com isso que o instituto possui funções distintas, que não podem ser confundidas. A análise da jurisprudência revela que nem sempre essa diferenciação é feita pelo Judiciário, no qual se aplica a boa-fé sem explicitar a nuance que se segue e como uma “bengala” para tomar-se toda e qualquer decisão¹⁸⁵; para efeitos acadêmicos, contudo, essa questão é fundamental, já que “o conceito de boa-fé parece mais interessar por sua função que por sua definição”¹⁸⁶.

Assim, “para que a expressão ‘boa-fé objetiva’ não constitua mais um conjunto de palavras encantadas”¹⁸⁷, se mostra indispensável a avaliação crítica daquilo que a prática revela, sobretudo no âmbito pretoriano. Essa é uma imposição de um sistema que adota cláusulas gerais

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015.

¹⁸³ A bem da verdade, a autora refere na obra que não a vislumbra como uma nova “edição” daquele lançada em 1999, escrita anos antes como tese de doutorado na Universidade de São Paulo. Para ela, o livro lançado em 2015 é de fato uma nova obra, o que se depreende desde a leitura do subtítulo – que passou de “sistema e tópica no processo obrigacional” para “critérios para sua aplicação”.

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 11.

¹⁸⁵ O problema do ativismo judicial a partir da utilização de cláusulas gerais é tão relevante que o legislador, no Código de Processo Civil de 2015, disse expressamente não se considerar suficientemente fundamentada uma decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” – art. 489, §1º, II.

¹⁸⁶ A colocação é feita por Judith Martins-Costa a partir da tradução do texto de Bénédicte Fauvarque-Cosson e Denis Mazeaud (*La Bonne Foi in Terminologie Contractuelle Commune*. Paris: Societé de Législation Comparée, 2008, p. 215).

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 441.

como a boa-fé, pois nesse caso é indispensável “conjugar o pensamento sistemático, formulado *in abstracto*, com a atenção ao caso e às suas circunstâncias fáticas e normativas”¹⁸⁸.

As tentativas de sistematização do instituto para efeitos de categorização poderiam partir de diversos pressupostos e critérios, haja vista a mencionada difusão do conceito no ordenamento jurídico brasileiro e no âmbito jurisprudencial. Nesse sentido, dada a necessidade de escolher-se uma dentre tantas, neste trabalho optou-se por alinhar-se àquela divisão feita por Franz Wieacker¹⁸⁹, comungada por Menezes Cordeiro e Judith Martins-Costa, exemplificativamente, segundo a qual a boa-fé atua de três formas distintas: “como cânone de interpretação; como fonte de deveres destinados a integrar o negócio jurídico; e como régua corretora do conteúdo do negócio e da conduta contratual”.

A primeira delas é a que se convencionou denominar de “função hermenêutica”, voltada a extrair do texto de um contrato aquela interpretação que se mostre a mais adequada sob o ponto da intenção comum das partes, uma vez que “o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos”¹⁹⁰. Nesse sentido, afirma Judith Martins-Costa que, do ponto de vista interpretativo – em que atua junto a outros cânones hermenêuticos – o recurso ao princípio representa a conjugação de *standards* “para averiguar como se individua, *in concreto*, o comportamento segundo a boa-fé, ou, como é singularizado, também *in concreto*, um significado (do contrato, do comportamento contratual) em acordo à boa-fé”¹⁹¹.

A segunda função, chamada de “criadora de deveres anexos”, diz respeito à circunstância em que o instituto estabelece às partes contratantes deveres laterais de cooperação e proteção recíproca, ainda que não previstos nem no contrato, nem na Lei. São, como exemplifica Judith Martins-Costa¹⁹², os deveres de cuidado, providência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de prestar contas; de cooperação e colaboração propriamente ditos, analisados nos tópicos anteriores; de cuidado com o patrimônio e a pessoa da contraparte; e de omissão e segredo quanto a informações obtidas durante as negociações.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio in O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado* (coord. Ana Frazão e Gustavo Tepedino). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 533.

¹⁸⁹ Franz Wieacker dividia as funções oriundas do §242 do BGB em *iuris civilis adiuvandi, supplendi o corrigendi gratia* (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17).

¹⁹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 35.

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 448.

¹⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 439.

Sem prejuízo da enorme importância dessas duas funções da boa-fé objetiva, o fato é que, como sugere o título deste trabalho, seu objeto está restrito à terceira delas, a denominada “função corretora”, em que o instituto atua de modo a impor limites e restrições ao exercício de direitos subjetivos a fim de proteger a confiança e a lealdade que deve imperar no âmbito dos contratos. Estará nessa função o cerne deste trabalho, que não pode ser avaliado, todavia, sem um esclarecimento anterior: a boa-fé e seus desdobramentos realmente se aplicam em contratos interempresariais?

2.1 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Antes de entrar no ponto relativo à função corretora da boa-fé, um pressuposto deve ser analisado e considerado: em se tratando, aqui, de contratos eminentemente empresariais – e não contratos *comuns* ou *de consumo* – o referido instituto efetivamente tem vez? Considerando-se as características marcantes de ajustes dessa natureza, especialmente a inafastável busca pelo lucro e o presumido profissionalismo dos agentes econômicos, há espaço para a *romântica* boa-fé? Será que, mesmo nos contratos entre agentes do mercado, “*la concepción textual del vínculo debía ser sustituida por una concepción leal del mismo*”¹⁹³, como sugeria Franz Wieacker?

No âmbito dos contratos empresariais – assim considerados “aqueles que têm por finalidade direta a consecução dos objetivos econômicos da empresa”¹⁹⁴ –, a aplicação da boa-fé objetiva como um todo exige alguns cuidados. Como pontua Ricardo Lupion Garcia, nesse tipo de relação, cada parte persegue seus próprios objetivos, e, muitas vezes, o ganho de uma é tão maior quanto for a perda da outra¹⁹⁵. Assim, exige-se profissionalismo e conhecimento técnico-jurídico pelas partes envolvidas, inclusive e mormente quando da formalização de contratos com outros integrantes do mercado.

A questão relativa à forma de aplicação da boa-fé em contratos empresariais também foi pontuada por Gérson Branco, para quem os padrões de boa-fé em contratos empresariais têm uma “conotação distinta, tendo em vista que o empresário não é um cidadão comum. Ele tem deveres mais acentuados, já que sua atividade profissional exige uma conduta mais apurada”¹⁹⁶.

A mesma preocupação é externada por Paula Forgioni, que, se de um lado reconhece que “a consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos substitui a lógica oportunista, *advantage-taking*, por outra colaborativa, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum”, de outro pontua que “é preciso evitar o risco de empregar a boa-fé como remédio para todos os males, empregando-a em nome de amorfa busca da ‘justiça

¹⁹³ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe* (trad. José Luis Carro) – Madri: Editorial Civitas, 1977, p. 61.

¹⁹⁴ NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, vol. 4, pp. 137-168, abr/2011.

¹⁹⁵ O autor aqui não considera, claramente, os contratos de colaboração acima analisados.

¹⁹⁶ BRANCO, Gérson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o Projeto de Código Comercial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1/2014, pp. 75-101, out-dez/2014.

social””. Afinal, segundo afirma, “não se trata de uma caixa de Pandora, da qual se podem extrair as conclusões mais díspares”¹⁹⁷.

As divergências doutrinárias a esse respeito são acentuadas, especialmente internacionalmente, no que diz respeito a contratos submetidos à Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG. Não por acaso, Alan Farnsworth – representante dos Estados Unidos nos esforços para redação da CISG e dos Princípios Unidroit – referia que, a seu juízo, o dever de observar-se a boa-fé estaria no topo da lista de diferenças que marcavam as tradições de *civil* e *common law* no que dizia respeito ao direito dos contratos¹⁹⁸.

Especificamente no âmbito da CISG, o debate diz respeito, fundamentalmente, à definição sobre o alcance do artigo 7º (1), segundo o qual “na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional”. De um lado, defende-se que a referência feita no texto permite a aplicação da boa-fé única e exclusivamente na *interpretação dos demais dispositivos* da própria CISG; de outro, que a referência à boa-fé no artigo 7º – inclusive no item (2) – autoriza sua aplicação também do ponto de vista *material*, como régua balizadora da avaliação do próprio contrato estabelecido pelas partes e das condutas por elas desempenhadas.

Os defensores da primeira corrente de pensamento – de aplicação mais restrita da boa-fé – advogam, essencialmente, que a CISG, enquanto diploma de aplicação internacional, deve amenizar tanto quanto possível as diferenças de compreensão de certos institutos que possam existir mundo afora. Assim, seria necessário ter em conta que os sistemas jurídicos baseados no modelo da *common law* conferem abrangência e incidência muito mais limitadas à boa-fé do que os sistemas de *civil law*, de modo que a adoção de uma corrente de um ou outro lado dessa moeda contribuiria para criação de um cenário de insegurança jurídica no trato internacional – justamente aquilo que a CISG busca evitar.

Esse ponto de vista é sustentado, por exemplo, por Gary Born, para quem “*the laws of England and most U.S. jurisdictions are especially likely to give effect to the literal language of the parties’ agreement*”, enquanto as legislações marcadas pela tradição da *civil law* “*are typically said to be more likely to import general principles of good faith and reasonableness*”.

¹⁹⁷ FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, pp. 229-244, abr-jun/2015.

¹⁹⁸ A observação é feita por Mariana Pargendler (PARGENDLER, Mariana. The role of the State in Contract Law: the common-civil law divide. *The Yale Journal of International Law*, vol. 43:143).

into contractual relations”¹⁹⁹. Em linha semelhante, Klaus Peter Berger afirma que, se a aplicação mais abrangente da boa-fé nos sistemas de tradição da *civil law* é algo extremamente difundido, na visão dos tribunais da *common law*, especialmente os ingleses, “such a general principle of law would run counter to the parties’ respective positions during contract negotiations and over the duration of the contract and would also be impracticable”²⁰⁰.

A segunda corrente doutrinária a respeito do tema, por sua vez, sustenta que a incidência da boa-fé em contratos internacionais submetidos à CISG decorre da percepção de que o instituto é um princípio geral do direito, parte da ordem pública internacional, e que, por isso, deve ser aplicado largamente no comércio. Assim, exemplificativamente, Martin Hunter e Gui Conde e Silva, colocam a boa-fé dentro daquilo que chamam de “princípios gerais de moralidade aceitos por nações civilizadas”²⁰¹, enquanto Judith Martins-Costa a caracteriza como uma “concha hospedeira de uma imensa gama de deveres”²⁰².

O desconforto dos sistemas de *common law* quanto à aplicação mais profunda da boa-fé é pontuado de forma bastante interessante por Ewan McKendrick em artigo que inicia com um diálogo entre dois advogados²⁰³ – um oriundo de sistema da *civil law*, e outro da *common law* – sobre um litígio relativo a contrato de *joint venture* em que houve desentendimento entre as empresas envolvidas. Nesse diálogo, os advogados discutem a respeito da estratégia a ser adotada no litígio em questão: um deles, vindo da *common law*, defende que dever-se-ia alegar que as partes jamais estiveram sujeitas a um dever de boa-fé, de modo que nada regula sua relação além do próprio contrato; o outro, natural de sistema da *civil law*, sustenta exatamente o oposto, pois “the idea that his client should deny that he was required to act in good faith is one that shocks him; after all, everyone is subject to a duty to act in good faith”²⁰⁴.

A conversa colocada pelo autor inglês evidencia os contrastes existentes entre as visões da boa-fé por um *civilian lawyer* e um advogado acostumado com o sistema jurídico inglês, por

¹⁹⁹ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2nd edition. Kluwer Law International, 2014.

²⁰⁰ BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. 2. Ed, 2010. Disponível em https://www.trans-lex.org/100610/mark_901000/berger-klaus-peter-the-creeping-codification-of-the-new-lex-mercatoriam-2nd-ed-2010/#head_15

²⁰¹ HUNTER, Martin; CONDE E SILVA, Gui. A ordem pública transnacional e a sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (coord. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins). São Paulo: Atlas, 2007, p. 163.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, p. 115-128, abr./jun. 1995

²⁰³ No texto, McKendrick refere que os advogados na verdade eram um *solicitor* e um *barrister*, na divisão existente na Inglaterra relativamente às funções desempenhadas por profissionais da área.

²⁰⁴ MCKENDRICK, Ewan. Good faith: a matter of principle? in *Good Faith in Contract and Property* (org. A.D.M. Forte). Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 39.

exemplo, que “*does hesitate to impose more positive obligations than those assumed by the terms of the contract*”²⁰⁵.

Atualmente, pode-se dizer que as diferenças que antes marcavam de forma tão intensa as diferenças entre *civil* e *common law* no que diz respeito à aplicação da boa-fé vêm diminuindo²⁰⁶, inclusive com referências expressas ao instituto no Uniform Commercial Code (§§1-304²⁰⁷ e 1-201(20)²⁰⁸) e no Restatement (Second) of Contracts (§205²⁰⁹) norte-americanos – aliás, Arthur McInnis, já em 2003, afirmava que “*good faith and fairness play a significant role in many jurisdictions and their influence can be expected to increase*”²¹⁰. Apesar disso, como bem pontua Mariana Pargendler especificamente quanto aos Estados Unidos, “*most observers would probably agree that U.S. courts use good faith to imply contractual duties with less frequency and gusto than their civilians counterparts do*”²¹¹.

Essa discussão nada mais é do que o reflexo do desconforto que alguns têm quanto à aplicação de uma boa-fé abrangente a contratos eminentemente comerciais²¹², estabelecidos, assim, entre empresários de quem sempre se espera algum nível técnico, inclusive jurídico para redação dos respectivos instrumentos. E, ainda que a controvérsia seja mais proeminente em nível internacional, não se pode ignorar que, especificamente quanto aos contratos interempresariais, a própria doutrina brasileira possui seus desentendimentos no ponto.

Respeitada compreensão em sentido diverso, todavia, parece que a aplicação mais larga da boa-fé objetiva em contratos empresariais, ao contrário de criar um cenário de incertezas por desvinculação das partes do texto que estabeleceram conjuntamente para o instrumento contratual, representa uma ferramenta importantíssima para aumento da segurança jurídica das partes envolvidas em certa contratação, que a partir dela poderão repelir comportamentos

²⁰⁵ MCKENDRICK, Ewan. Good faith: a matter of principle? in *Good Faith in Contract and Property* (org. A.D.M. Forte). Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 40.

²⁰⁶ A ponderação é feita por Antônio Barreto Menezes Cordeiro (MENEZES CORDEIRO, Antônio Barreto. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, pp. 369-382, jan-mar/2018).

²⁰⁷ “*Obligation of good faith: Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement*”.

²⁰⁸ “*Good faith except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*”.

²⁰⁹ “*Duty of good faith and fair dealing: Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*”.

²¹⁰ MCINNIS, Arthur. The new engineering contract: relational contracting, good faith and co-operation. *The International Construction Law Review*, 2003, 128-153.

²¹¹ PARGENDLER, Mariana. The role of the State in Contract Law: the common-civil law divide. *The Yale Journal of International Law*, vol. 43:143

²¹² Mariana Pargendler chega a referir esforços feitos no sentido de definir-se a lei inglesa como aplicável na solução de conflitos comerciais justamente por conta da falta de um “dever geral de boa-fé” naquele país (PARGENDLER, Mariana. The role of the State in Contract Law: the common-civil law divide. *The Yale Journal of International Law*, vol. 43:143).

oportunistas, desleais ou simplesmente contraditórios, atenuando, por exemplo, os *riscos morais* da operação. É justamente como pontua Paula Forgioni, asseverando que a boa-fé “diminui os riscos de transação, facilitando os negócios e estimulando o fluxo de relações econômicas”²¹³.

O instituto da boa-fé é próprio de toda e qualquer relação contratual, pois não há como se defender que as interações entre contratantes, ainda que eminentemente comerciais, possam ser pautadas pela má-fé, pela falta de lealdade e pela quebra da confiança. Não se trata de *romantizar* as interações comerciais do mercado, mas de conferir-lhes um grau de confiabilidade que, no fim das contas, atenua os próprios riscos da relação, uma vez que, como refere Anderson Schreiber, a boa-fé “representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas”²¹⁴.

A solução para a controvérsia relativa à aplicabilidade da boa-fé em contratos interempresariais, a juízo de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, estaria na definição de “diferentes níveis de boa-fé”, e não em uma escolha fechada entre utilizá-la ou não. Segundo esses autores, a incidência do instituto nessa gama de contratos “deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista”, por exemplo, uma vez que no meio empresarial, não apenas se presume a paridade das partes (o que deve ser visto com ressalvas, tendo em vista o exposto no capítulo anterior), mas também que as partes contratantes têm capacidade mútua de negociar direitos e obrigações “de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde um custo que, de uma forma ou outra, acaba incorporado ao preço da operação”²¹⁵. Nesse sentido, as relações interempresariais estariam em um terceiro patamar de incidência da boa-fé objetiva, atrás das relações obrigacionais comuns e das eminentemente consumeristas, já que, dentre elas, os *standards* de comportamento seriam distintos²¹⁶.

Parece ser também essa a solução encontrada por Judith Martins-Costa²¹⁷ ao referir que “a boa-fé não desempenha, no âmbito das relações interempresariais, o mesmo papel de tutela

²¹³ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 121.

²¹⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 55.

²¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, pp. 139-151, 2003.

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002 in *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 230.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva*

do contraente débil que desenvolve na seara consumerista”. Aqui, para a autora, o instituto vale como “standard impositivo de lealdade no tráfico negocial” e, antes de representar um “paternalismo” nas interações entre empresários, serve para “vedar a deslealdade” e “criar deveres destinados a direcionar uma conduta de cooperação leal, em vista dos fins do contrato”.

Efetivamente, tão clara quanto a necessidade de aplicar-se a boa-fé objetiva em contratos empresariais parece ser a necessidade de fazê-lo de forma específica, diferente do que se dá em contratos comuns ou de consumo. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de dizê-lo com todas as letras, externando que “contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo”²¹⁸.

Nos tópicos que seguem, pois, será avaliada a aludida função corretora da boa-fé objetiva, mas em dois momentos distintos: primeiro com enfoque nos contratos empresariais em geral (presumidamente paritários e, após, especificamente nas interações com dependência econômica, a fim de avaliar se algo difere nesse particular.

onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, vol. 55/2012, pp. 321-381, jan-mar/2012.

²¹⁸ “Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. Direito civil e empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 936.741*, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 03/11/2011).

2.2 A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ OBJETIVA

A função corretora da boa-fé – ou função de limitação do exercício de direitos subjetivos²¹⁹ – talvez seja a que enseja maiores dificuldades em sua aplicação casuística em conflitos oriundos de contratos empresariais. Isso porque, enquanto as funções hermenêutica e de criação de deveres anexos decorrem logicamente daquilo que o próprio contrato estipula – ao menos em suas entrelinhas – a utilização da boa-fé como limitadora do exercício de direitos subjetivos, faculdades, prestações, ações, exceções e ônus²²⁰ cria um problema maior por constituir hipótese “cuja fonte não é a manifestação volitiva”²²¹.

Especificamente no âmbito dos contratos interempresariais, a questão se torna ainda mais problemática, exatamente por conta das características próprias desses ajustes vistas anteriormente. Tanto que autor renomado como Arnoldo Wald afirma expressamente que, em se tratando de contratos entre *grandes empresas*, “a boa-fé não significa a criação de novos deveres não previstos pela lei ou pelo contrato, mas tão somente a interpretação dos já existentes de acordo com os princípios da confiança e da lealdade”²²².

Independentemente dessa visão mais restrita, o fato é que, pela via dessa função, a boa-fé representa a circunstância em que *não se dá* vigência àquilo que o instrumento contratual prevê textualmente, mas precisamente o contrário, porque, a partir dela, há um “controle da autonomia privada”²²³, para evitar que o “exercício anômalo de um direito”²²⁴ se traduza em abuso, invariavelmente culminando em interferência externa naquilo que as partes ajustaram, no âmbito da autonomia privada, quando da conclusão do contrato.

Para Luis Renato Ferreira da Silva, essa função da boa-fé objetiva – por ele denominada de função de “minoração da intensidade de certas posições jurídicas” – “acaba por veicular a ideia de solidariedade, pois impõe que os contratantes sejam leais e colaborem com o escorreito andamento do processo contratual”²²⁵. A boa-fé, portanto, sobretudo nessa nuance, estaria

²¹⁹ ZANELATTO, Marco Antônio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100/2015, pp. 141-194, jul-ago/2015.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 571.

²²¹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 236.

²²² WALD, Arnoldo. O princípio da boa-fé no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol. 29, jan-fev/2017.

²²³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

²²⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

²²⁵ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social in *O novo Código Civil e a Constituição (org. Ingo Wolfgang Sarlet)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 169.

intrinsecamente ligada às ideias de solidariedade e colaboração no âmbito contratual, revelando-se, nas palavras de Franz Wiacker, “máxima de conduta ético-jurídica”²²⁶.

O sistema jurídico brasileiro, a partir do Código Civil de 2002, divide o regramento das ilicitudes em subjetivas e objetivas. As primeiras seriam aquelas decorrentes de atos dolosos ou culposos que venham a violar direitos e causar danos a outrem, como previsto no artigo 186. As segundas, por sua vez, seriam aquelas configuradas independentemente de uma “intenção emulativa”, caracterizadas, assim, “no momento do exercício de posições jurídico-subjetivas, quando tido, este, como inadmissível ou disfuncional”²²⁷. A função corretora da boa-fé agiria no campo de correção dessa segunda gama de ilicitudes, objetivando corrigi-las a partir da inadmissão do exercício de direitos e posições jurídicas em desconformidade com o que o ordenamento prevê. E deixe-se claro: “a boa-fé que interpreta, cria e limita direitos é *standard* de conduta objetivo, baliza de proceder conforme a cautela, prudência e cuidado que se espera de qualquer sujeito”²²⁸, seja em seu convívio social, seja concretamente em um dado contrato. Ou seja, a boa-fé que aqui interessa sem dúvidas é a *objetiva*, e não a *subjetiva*.

A boa-fé, no âmbito dos contratos, atuaria para corrigir o exercício de posições jurídicas pelas partes que contrariassem aquelas anteriormente adotadas por elas próprias, durante a *normalidade contratual*. Isto é, entre o que diz expressamente o instrumento contratual e aquilo a que as partes deram vigência na prática, deve prevalecer o segundo.

É por conta dessa percepção que Anderson Schreiber pontua que a boa-fé, em sua função corretora, tem sentido “negativo ou proibitivo” – diferentemente do que ocorre nas demais –, atuando para vedar “comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem com os *standards* impostos pela cláusula geral”. O exercício nessas situações é “aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé”²²⁹.

Já para Júlio Gonzaga Andrade Neves, a boa-fé – assim como o abuso de direito – seria uma “via de equidade, de ajuste do direito positivo a um senso de justiça quando do exercício de direitos”²³⁰, desenvolvida sobretudo no direito alemão, “muito mais aberto aos usos e costumes – e, por isso mesmo, permeável a um senso normativo de boas práticas ou, ainda, de

²²⁶ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe* (trad. José Luis Carro) – Madri: Editorial Civitas, 1977, p. 59.

²²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 610.

²²⁸ NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 35.

²²⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 55.

²³⁰ NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 31.

práticas conforme a boa-fé²³¹. Esse progresso na Alemanha, aliás, teria se dado mesmo antes da edição do BGB, pois a jurisprudência já caminhava no sentido de privilegiar a “correspectiva retidão de conduta das partes contratantes”²³², e o grande papel atribuído ao §242 do BGB seria o de conferir ao instituto uma “atribuição normativa própria, deixando de ser mero instrumento retórico ou complemento de outras disposições”²³³.

No Brasil, muito embora houvesse referência à boa-fé “aqui ou ali” entre as décadas de 1950 e 1980, naquele momento se outorgava ao instituto “papel absolutamente secundário na compreensão da relação obrigacional e de seus efeitos”²³⁴ ou, no máximo, de cunho exclusivamente interpretativo, como no artigo 131 do Código Comercial. Foi apenas com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor que doutrina e jurisprudência passaram a dispensar maior atenção à questão, usando as lentes da boa-fé para avaliar a correção da conduta das partes envolvidas em um contrato. A partir do CDC, nos anos 1990, passando pela edição do Código Civil em 2002, o tema ganhou novos ares por aqui, tendo sua aplicação prática exponencialmente crescida.

De acordo com a categorização proposta pela doutrina²³⁵, essa função da boa-fé se desdobra em duas vertentes distintas: de um lado, corrige o próprio conteúdo do contrato, mitigando eventual abusividade ou desequilíbrio que dele possa decorrer; de outro, no sentido de corrigir a forma com que dada conduta é desempenhada pela parte, assim coibindo o abuso de direito mediante práticas desleais, incoerentes, imoderadas ou irregulares.

Na primeira dessas categorias, a função corretora da boa-fé trabalha como “critério geral de controle de conteúdo do contrato”, avaliando se do próprio instrumento contratual consta alguma abusividade que, por existir, sugere violação à boa-fé pela parte a quem aproveita. Tal situação certamente é mais própria das relações de consumo, sendo frequentemente aproximada do texto do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou

²³¹ NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 32.

²³² NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 32.

²³³ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46.

²³⁴ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil in *O novo Código Civil e a Constituição* (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 136.

²³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 571.

a equidade”, e nela a boa-fé funciona, “excepcional e restritamente, como norma de validade do conteúdo contratual, em vista de corrigi-lo”²³⁶.

Nessa forma de atuação, a boa-fé operaria no plano da validade, regulando o próprio conteúdo do contrato (os olhos estão no momento da conformação do conteúdo, e não na execução da avença, como nas demais situações), verificando a harmonia da regulação privada estabelecida pelas partes com as normas postas pelo sistema jurídico²³⁷. Segundo Miguel Reale²³⁸, isso se daria a partir da percepção de que o artigo 104 do Código Civil de 2002, ao falar sobre a “validade do negócio jurídico” e ali exigir “objeto lícito”, exigiria a avaliação de eventual violação à boa-fé no ajuste levado a cabo pelas partes – que, nesse caso, conduziria à declaração de ilicitude da parte que com ela viesse a conflitar.

Com relação a essa questão, apesar da força do argumento de Miguel Reale, não se pode deixar de destacar a ponderação feita por Judith Martins-Costa quanto a uma possível impropriedade de trazer-se a boa-fé, em seu papel de correção do conteúdo contratual, pela via da licitude do objeto. Afinal, “no comum dos casos, a boa-fé não estará reportada propriamente ao ‘objeto’ do negócio, mas à conduta dos figurantes, aos atos que praticam ou deixam de praticar na preparação e no desenvolvimento de um negócio jurídico”²³⁹. Assim, a utilização da boa-fé como ferramenta de correção do conteúdo contratual por abusividade encontraria justificativa apenas no âmbito das relações de consumo, haja vista existir previsão expressa a respeito no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

É interessante perceber que ponderações dessa natureza são feitas também fora do Brasil. Ascensão, por exemplo, tratando do tema das cláusulas abusivas no direito europeu, refere ser “criticável o recurso a cláusulas de tão grande generalidade, que são ainda por cima diversamente entendidas nos vários países da União”. Para ele, a referência feita à boa-fé nessa situação é “um recurso retórico que nada adianta”, pois “o que está em causa é o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor: é ele que leva à qualificação da cláusula como abusiva”, e não propriamente a boa-fé. Nesse ponto, pois, a boa-fé não atuaria porque “não se

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 575.

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 576.

²³⁸ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 250.

²³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 576.

criam regras de conduta, antes se valoram, para as condenar, regras formuladas por uma parte”²⁴⁰.

Partindo para a segunda linha da categorização – que mais importa para efeitos deste trabalho –, a função corretora da boa-fé se mostra no momento da execução de um certo contrato, ou seja, na fase posterior à sua conclusão, em que as partes passam a agir orientadas justamente para cumprir as prestações a que se obrigaram no ajuste avençado (trata-se da boa-fé *in executivis*²⁴¹). Nesse período, a boa-fé obra como “princípio reitor da conduta humana”²⁴², balizando a forma com que os direitos são exercidos pelos contratantes e passando-os pelas lentes da ética, da correção e da cooperação.

Segundo Judith Martins-Costa, “durante muito tempo, a doutrina da inadmissibilidade do exercício de direitos subjetivos restou limitada às figuras do abuso de direito e da *exceptio doli*”²⁴³. Entretanto, a constatação de que o contrato não está submetido única e exclusivamente ao dogma da autonomia da vontade, mas também à necessidade de observância da função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, teria levado à percepção de que a boa-fé também atuaria “como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção”²⁴⁴, tirando apenas a autonomia privada do centro da discussão para adicionar a boa-fé – e com ela a solidariedade social – à equação²⁴⁵.

O mesmo foi dito, posteriormente, por Ricardo Lorenzetti, para quem “*el comportamiento correcto definido conforme a un standard objetivo señala un ‘deber ser’ respecto de cómo deberían actuar las partes*”. Os também argentinos Carlos Ghersi e Celia Weingarten vão na mesma linha, referindo que “*opera la buena fe como ‘modelo abstracto de conducta’, que se compara con el ‘comportamiento efectivo y real’*”²⁴⁶. Nesse sentido, a boa-fé,

²⁴⁰ ASCENSÃO, J. Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, vol. 4/2000, pp. 9-25, out-dez/2000.

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 430.

²⁴² ZANELATTO, Marco Antônio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100/2015, pp. 141-194, jul-ago/2015.

²⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 455.

²⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 455.

²⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo in *A reconstrução do direito privado* (org. Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 638.

²⁴⁶ GHERSI, Carlos A.; WEINGARTEN, Celia. *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*. 2. ed. – Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 139.

em sua função corretora, “*se constituye en un control y en un limite*”²⁴⁷ ao exercício antijurídico de dado direito, faculdade, etc.

De fato, é o que a função corretora da boa-fé se presta a fazer. A correção do comportamento dos contratantes busca evitar contradições entre suas ações, impedindo que a repentina mudança de conduta de um deles cause prejuízos ao outro, que legitimamente esperava que a execução seguiria se dando daquela primeira maneira – independentemente do que diz o texto do instrumento contratual. Por isso se diz que aqui “assume, de fato, grande importância este respeito à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas, o que remete, em última análise, à chamada tutela da confiança”²⁴⁸.

Tutelar a confiança, segundo Roberto Senise Lisboa, é, antes de mais nada, reconhecer “expectativas de coerência de conduta”, a partir do pressuposto de que “todo confiante negocial tem a expectativa de coerência do comportamento do outro”²⁴⁹. É, noutras palavras, ter em conta que “quem atua de boa-fé se comporta de maneira coerente e busca cooperar para que o outro tenha seu interesse satisfeito”, sendo impositivo, nesse sentido, que a conduta adotada pelo sujeito ao longo do tempo seja coerente em si, a fim de entregar as expectativas que a contraparte legitimamente delas extraiu desde o princípio.

A chamada *teoria da confiança* também é analisada por Judith Martins-Costa, que inicialmente evidencia os diversos campos em que “confiança” e “boa-fé” se sobrepõem, como, por exemplo, nos casos de *venire contra factum proprium, surrectio e suppressio*. Em seguida, contudo, a autora esclarece que “enquanto o princípio da confiança tem por escopo imediato assegurar expectativas, a função primeira da boa-fé como *standard* jurídico é propiciar o *direcionamento de comportamentos* no tráfico negocial”. Ou seja, se a tutela da confiança tem apenas uma faceta *negativa* (não violar a legítima expectativa da outra parte), a boa-fé também possui um enfoque *positivo* (agir de forma a atingir o fim do contrato; colaborar para que o adimplemento seja atingido)²⁵⁰.

O que de tudo isso mais importa, de toda sorte, é a percepção de que a confiança tutelada pelo Direito é a aquela *legítima*, porque derivada de lei, negócio, usos ou comportamento alheio, circunstâncias a serem verificadas e medidas *objetivamente* de modo a impedir que *qualquer*

²⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 161.

²⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 59.

²⁴⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 165.

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 236.

expectativa, como pontua novamente Judith Martins-Costa, seja protegida. O que a boa-fé tutela, especificamente, é apenas “a confiança investida em virtude de razões que, racionalmente controláveis (ou comprováveis, ou adequadas ao *id quod plerumque accidit*), foram objeto de ‘investimento de confiança’ pelo destinatário do ato ou comportamento ou omissão”²⁵¹, a confiança fundada em expectativa “legítima e razoável”²⁵²..

A teoria é muito bonita, sem dúvidas, mas é inegável que a aplicação da função corretora da boa-fé traz dificuldades e receios para juízes e árbitros. É que, claro, é muito mais fácil avaliar e solver um conflito a partir daquilo que o instrumento contratual diz textualmente, fazendo referência a uma ou outra de suas cláusulas, do que tomar em consideração a prática do que aconteceu após sua assinatura – até mesmo por uma questão probatória. Decidir que o que está escrito no contrato deve ser afastado em benefício da realidade exige o desapego de noções muito arraigadas no inconsciente não apenas dos julgadores, mas da população em geral, como especialmente a máxima *pacta sunt servanda*.

Não se deixe de lado que “o princípio da boa-fé objetiva, justamente por configurar norma vaga, semanticamente aberta, carrega, para o juiz, um acréscimo extraordinário de sua responsabilidade”, pois o julgador “não pode nem recair no crasso decisionismo, nem no voluntarismo, tanto primário quanto perigoso aos valores da Democracia”²⁵³. A questão, assim, não é apenas de dificuldade prática e probatória, mas também de um real e expressivo aumento da responsabilidade do juiz ou árbitro, que deve conseguir transitar de maneira muito hábil entre a excessiva intromissão na vontade das partes e a correção das condutas de uma delas para salvaguardar a legítima confiança da outra. Tudo porque, como bem aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo”²⁵⁴.

Avaliando o problema por essa perspectiva, fica mais fácil compreender o posicionamento daqueles que defendem uma aplicação mais restrita da boa-fé em contratos submetidos à CISG, como recém visto. Dizer, em nível internacional, que a conduta desempenhada pelas partes – muitas vezes em países diferentes e por funcionários da ponta da cadeia de cada uma das empresas envolvidas – vale mais do que aquilo que seus diretores e

²⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 235-236.

²⁵² WALD, Arnaldo. O princípio da boa-fé no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol. 29, jan-fev/2017.

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 221.

²⁵⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, v. 14, São Paulo, 1995.

representantes legais ajustaram em demorada e custosa negociação realmente não é fácil, especialmente quando se trazem empresários oriundos de países de tradição da *common law* para a equação. Mas isso muitas vezes é preciso.

Para que o ambiente de negócios – nacional ou internacional – se mantenha da forma mais leal possível, é indispensável que as partes tenham em conta que a forma com que elas executam um dado contrato é, de fato, tão importante quanto aquilo que foi escrito em longas páginas do instrumento. Não adianta dizer que vale X se, na prática, se fez Y, pois assim apenas se cria enorme insegurança jurídica para a contraparte, que, independentemente da previsão de X, por anos a fio viu ser executado Y.

É precisamente essa situação que a função corretora da boa-fé busca evitar por meio de algumas figuras desenvolvidas pela doutrina para concretizar a vedação ao comportamento contraditório – figuras, essas, que corrigem “os efeitos do comportamento contraditório do agente que, tendo criado no *alter*, por palavras ou comportamentos concludentes, a justa expectativa de que certa conduta seria mantida ou determinado direito não seria usado”²⁵⁵. Nesses casos, a boa-fé é tão fonte do regulamento contratual quanto as disposições expressamente previstas no instrumento²⁵⁶.

A listagem dessas figuras pela doutrina nem sempre é a mesma, haja vista a existência de *zonas cinzentas* entre elas e, especialmente, uma origem comum na ideia de *venire contra factum proprium*, como se verá adiante. Menezes Cordeiro, por exemplo, arrola, dentro do Capítulo III (O exercício inadmissível de posições jurídicas) de sua seminal obra sobre o tema, a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de vícios formais, a *suppressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício jurídico²⁵⁷. Jorge Cesa Ferreira da Silva, por sua vez, trata apenas do *venire*, da *suppressio*, da *surrectio* e do *tu quoque*²⁵⁸, divisão comungada por Newton de Lucca²⁵⁹.

Considerando a necessidade de definição de uma dessas categorizações, bem como que essa é a obra de base deste trabalho, escolheu-se seguir, contudo, a divisão feita por Judith

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 616.

²⁵⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 140.

²⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 1402-1403.

²⁵⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil in *O novo Código Civil e a Constituição* (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 138.

²⁵⁹ DE LUCCA, Newton. A principiologia inerente aos contratos comerciais. *Revista dos Tribunais*, vol. 923/2012, pp. 187-217, set/2012.

Martins-Costa²⁶⁰, que trata das máximas de *venire contra factum proprium*, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, *tu quoque* e *exceptio non adimpleti contractus*, *suppressio* e *surrectio*, referindo, por fim, a questão do adimplemento substancial. Por isso, aprofundam-se especificamente essas questões.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 31-32.

2.2.1 NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Segundo Gérson Luiz Carlos Branco e Judith Martins-Costa, “ao operar negativamente, de forma a impedir ou a sancionar condutas contraditórias, a boa-fé é reconduzida à máxima que proíbe *venire contra factum proprium*”. Trata-se aqui, como pontuado pelos autores, de uma especificação da Teoria dos Atos Próprios²⁶¹, que reputa ilegítimo “o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade”²⁶² e que é considerada “princípio geral da conduta jurídica”²⁶³.

Efetivamente, a máxima do *venire contra factum proprium*, desdobramento clássico da boa-fé objetiva no plano material (como a *estoppel*²⁶⁴ no plano processual), busca impedir a adoção de uma conduta, por certo sujeito, que se revele contraditória àquilo que ele próprio fez ou deixou de fazer anteriormente. É, assim, mecanismo de busca pela ética, pela previsibilidade e pela segurança jurídica²⁶⁵ no trato negocial, tendente a evitar surpresas com a modificação repentina da forma de agir de certo agente.

A importância do *venire* para a sistemática da boa-fé objetiva é tamanha que muitos autores afirmam que todas as demais facetas da função corretora dele desdobram. Franz Wieacker, nessa linha, diz que essa máxima “*expresa de forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe que a partir de ella se alumbra la totalidad del principio*”²⁶⁶. Efetivamente, ainda que a doutrina tenha evoluído no sentido de criar categorias e figuras internas à função corretora, sobretudo pela lição de Menezes Cordeiro em Portugal, o fato é que muitos dos casos concretos analisados sob a rubrica da *suppressio* ou

²⁶¹ Ainda que a Teoria dos Atos Próprios tenha contornos específicos, grande parte da doutrina brasileira dela trata como sinônimo do *venire contra factum proprium*. Assim, por exemplo, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil in *O novo Código Civil e a Constituição* (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 138.

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 214.

²⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. *Revista de Direito Privado*, vol. 38/2009, pp. 149-175, abr-jun/2009.

²⁶⁴ O instituto da *estoppel* é estudado, em suas variações, por FÉLIX JOBIM, Márcio. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 65 e ss.

²⁶⁵ O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de relacionar expressamente as ideias de *venire contra factum proprium* e segurança jurídica, fazendo constar em acórdão que “os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha a adotar comportamento posterior e contraditório”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.099.550/SP*, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 02/03/2010).

²⁶⁶ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe* (trad. José Luis Carro) – Madri: Editorial Civitas, 1977, p. 60.

da *surrectio*, por exemplo, poderiam ser reconduzidos ao *venire contra factum proprium*, estando, pois, em uma *zona cinzenta* cuja existência não se pode ignorar.

Por conta de seus contornos, o *venire* demanda sempre a avaliação de dois fatos distintos, separados no tempo. O primeiro seria o *factum proprium*, a conduta adotada de início pelo sujeito quanto ao implemento de certa obrigação ou quanto à execução de certa prestação contratual; o segundo, o ato subsequente, que de certa forma contrarie o primeiro, assim gerando algum prejuízo para a contraparte.

Em uma tentativa de sistematização, Judith Martins-Costa²⁶⁷ refere serem quatro os pressupostos para caracterização e aplicação do instituto: (I) existência de um fato gerador de confiança juridicamente relevante; (II) a adesão da contraparte por meio da confiança; (III) o exercício de alguma atividade pela contraparte com base nessa confiança; e (IV) a posterior contradição na conduta da parte, suprimindo o fato sobre o qual recaíra a confiança da contraparte inicialmente, assim gerando prejuízo ou iniquidade insuportável.

Já para Júlio Gonzaga Andrade Neves²⁶⁸, os requisitos seriam os seguintes: (I) que haja um “direito exercitável”; (II) que esse direito seja exercido de modo a “despertar a legítima confiança da contraparte em determinado sentido (*facta propria*); (III) um efetivo “investimento de confiança” pela contraparte; e (IV) um comportamento posterior, em contradição àquele inicial, que frustre a confiança legitimamente investida.

A análise dessas duas sistematizações dos critérios para aplicação do *venire* evidencia que os pressupostos marcados pela doutrina, apesar de alguma diferença textual, costumam ser bastante semelhantes, ao menos no que diz respeito aos aspectos imprescindíveis à sua caracterização: dois fatos, lícitos entre si e espaçados no tempo, geradores de uma contradição na análise global da relação. O que diferencia a listagem de Judith Martins-Costa e Júlio Gonzaga de Andrade Neves, na verdade, é apenas o item “III” referido pela primeira, segundo o qual far-se-ia necessário que a contraparte tenha exercido alguma atividade com base na confiança gerada pelo primeiro ato.

Na avaliação do instituto, sobretudo para aplicá-lo na solução de casos e litígios concretos, é indispensável ter em mente que a simples contradição entre condutas não basta para que se aplique o *venire contra factum proprium*. É necessário também que a “segunda conduta” frustre o legítimo “investimento de confiança” analisado acima, pois “a coibição

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 621.

²⁶⁸ NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 80.

implicada na parêmia *venire contra factum proprium non potest* tem como bem jurídico proteger o *alter*, ‘evitando a quebra de sua confiança legítima’²⁶⁹. Justamente por isso, a contradição que atrai o instituto invariavelmente deve ser injustificada, não sendo vedada a mudança de comportamento que tenha por base razões objetivas e atribuíveis, por exemplo, à outra parte.

Como assinala Menezes Cordeiro, em clara tentativa de sistematização do instituto, “só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor”²⁷⁰. Para o autor, ainda, as situações de cabimento do instituto poderiam ser divididas em dois grandes grupos: de um lado, aquelas em que o sujeito manifesta a intenção de *não praticar* determinado ato, mas acaba o fazendo posteriormente; e de outro, aquelas em que o sujeito manifesta a intenção de *praticar* certo ato, mas posteriormente se negue a fazê-lo. O relevante aqui, pois, é de que haja uma conduta positiva do referido sujeito: ele deve externar claramente a intenção de fazer ou não fazer o ato – intenção após contrariada – para que se caracterize o *venire*.

O autor português também aproxima a boa-fé (e o *venire*, especificamente) da *tutela da confiança* analisada anteriormente. Para ele, aqui a confiança entra como um “critério de decisão”, no sentido de que “um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas”. Outro aspecto positivo dessa aproximação estaria no fato de que, ao trazer-se a confiança para a equação, afasta-se de vez uma possível – e equivocada, a seu juízo – compreensão de que o Direito vedaria toda e qualquer contradição por um sujeito²⁷¹. As pessoas não podem ser impedidas de agir de forma contraditória, pois isso seria “mais que uma abstração, um castigo”, capaz de “enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisível na vida humana”. A contradição que interessa juridicamente, nessa linha, é exclusivamente aquela que frustra expectativas de outros, sendo esse o “âmbito de delimitação” do *venire*²⁷². Menezes Cordeiro diz quase o mesmo, afirmando que “é importante focar a inexistência, na Ciência do Direito actual e nas ordens jurídicas por ela informadas, de uma proibição genérica de contradição”²⁷³.

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 617.

²⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 747.

²⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 756.

²⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 617.

²⁷³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 747.

Seguindo, pontua-se que a contradição que o *venire* busca impedir, ademais, independe de culpa ou má-fé subjetiva. Ainda que o pano de fundo da boa-fé objetiva seja a intenção de busca por um ambiente contratual mais ético e valoroso do ponto de vista axiológico, aqui o que interessa é o aspecto eminentemente objetivo, pois, como pontua Franz Wieacker, “*el principio del ‘venire’ es una aplicación del principio de la ‘confianza en el tráfico jurídico’ y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira*”²⁷⁴. Como assinala Judith Martins-Costa, “no proteger as legítimas expectativas, cabe falar em uma confiança objetivada, que não se reduz ao estado de fato característico da boa-fé subjetiva, ou ‘boa-crença’”²⁷⁵.

A análise da obra de Franz Wieacker²⁷⁶ evidencia que, naquele momento, o autor vislumbrava o *venire* em duas situações específicas: a de caducidade de um direito pela falta de seu exercício durante determinado período de tempo; e a de impossibilidade de invocação de vício de forma do contrato pela parte que, ou tenha a ele dado causa inicialmente, ou frente a ele nada tenha manifestado, dando seguimento à execução do contrato independentemente de sua existência. Posteriormente, contudo, a evolução da doutrina do *venire* caminhou no sentido de que essa máxima vedaria quaisquer comportamentos contraditórios adotados no âmbito de uma relação contratual, consistindo a máxima em uma “proteção de uma das partes contratuais em relação ao comportamento contraditório da outra parte”²⁷⁷, pois, “pelo seu comportamento, uma parte provoca na outra o desenvolvimento de uma expectativa”²⁷⁸, e essa expectativa deveria ser preservada.

A aplicação do *venire* no âmbito contratual, segundo Marcos Erhardt Júnior²⁷⁹, gera duas consequências: de um lado, impede o exercício do comportamento posterior – o contraditório em relação ao anterior; e de outro, cria o dever de indenizar eventuais prejuízos causados pela contradição. Tudo por conta daquilo que Luciano de Camargo Penteado chama de *eficácia vinculativa dos atos*²⁸⁰: quem age está vinculado à forma com que agiu, não podendo atuar posteriormente de forma contraditória em prejuízo de seu contratante.

²⁷⁴ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe* (trad. José Luis Carro) – Madri: Editorial Civitas, 1977, p. 62.

²⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 233.

²⁷⁶ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe* (trad. José Luis Carro) – Madri: Editorial Civitas, 1977, p. 62.

²⁷⁷ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

²⁷⁸ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

²⁷⁹ ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

²⁸⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Thesis São Paulo*, ano IV, vol. 8, pp. 39-70, 2007.

Apesar disso, importa perceber que a máxima do *venire* é tão importante para a teoria dos contratos, segundo parte da doutrina, não somente por seus efeitos para as partes efetivamente contratantes. A vedação ao comportamento contraditório, na verdade, se justificaria primordialmente – nada obstante seus efeitos concretos quando da aplicação casuística – pela necessidade de se privilegiar a “segurança do tráfico”²⁸¹ em geral e abstrato no mundo dos contratos, isto é, de “salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam, valorizando o caráter social do negócio jurídico”²⁸².

De acordo com Roberto Senise Lisboa, “com a criação do abuso do direito, o *venire* passou a ser considerado uma de suas manifestações”²⁸³. A afirmação é forte e talvez peque por tratar abuso de direito e boa-fé como se iguais fossem, mas está fundada na interessante percepção de que, exatamente como se dá na doutrina específica do abuso, o *venire* parte do pressuposto de que ambos os atos praticados pela parte contratante, se analisados isoladamente, são legítimos e lícitos. A irregularidade nasceria, como já dito, a partir da constatação de que tais atos são *incompatíveis entre si*, em uma análise global que busca salvaguardar a confiança depositada pela contraparte na forma de execução da avença.

Essa, aliás, é outra circunstância que cria alguma dificuldade aos juízes e árbitros que se deparam com pretensões de aplicação da máxima em questão. É que, nesses casos, é indispensável que se confira atenção especial para a consideração da relação contratual como um todo – instrumento e execução prática – o que indiscutivelmente aprofunda tanto a responsabilidade do julgador como, antes de tudo, o ônus probatório que compete a cada parte, sobretudo àquela que se compreenda lesada pela contradição da outra.

A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela harmonização da interpretação da legislação federal no país, evidencia que a aplicação concreta do *venire* se dá nas mais diversas situações – talvez esta seja, aliás, a figura em que isso se dá de forma mais abrangente.

A figura é aplicada, por exemplo, no âmbito do direito tributário – inclusive em recurso representativo de controvérsia, como no Recurso Especial n. 1.143.216/RS²⁸⁴. No caso, entendeu a Primeira Seção da Corte que o Fisco não poderia, após o recebimento de sucessivas

²⁸¹ ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

²⁸² ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

²⁸³ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 166.

²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.143.216/RS*, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 24/03/2010.

prestações de um parcelamento fiscal, pretender excluir o contribuinte do programa por falta de cumprimento formal que impunha àquele o dever de desistir expressamente de Impugnação oferecida na esfera administrativa. Ao fazê-lo, disse a Seção textualmente ser ilegítima a conduta do sujeito que “após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento” que assim “incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*”.

O *venire* é aplicado, também, no âmbito do processo penal, para impedir que a parte alegue cerceamento de defesa pela inversão na ordem de oitiva de testemunhas se, no momento do ato, anuiu com a referida modificação do procedimento estabelecido pelo Código de Processo Penal²⁸⁵ ou, mais genericamente, que invoque uma nulidade a que ela própria deu causa²⁸⁶. É, ainda, referido – ainda que para afastá-lo – em casos de direito administrativo, como naquele em que, tratando-se de autorização de uso concedida pelo Poder Público, afastou a alegação de *venire* deduzida pelo particular que viu referida autorização revogada antes do prazo inicialmente concedido²⁸⁷.

No processo civil, também são diversas as nuances em que aplicada a figura pela Corte Superior, por vezes extraindo essa possibilidade da referência à boa-fé constante do artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual “*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”. Nessa linha, por exemplo, já se decidiu que “o recolhimento parcial das custas se mostra incompatível com o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita”²⁸⁸ e que seria inviável que a parte que propôs uma demanda em dado foro – e inclusive recorrido da decisão que, *ex officio*, declinara da competência – possa posteriormente se voltar contra a competência territorial do juízo daquela comarca²⁸⁹.

Entrando mais especificamente no âmbito dos contratos, o ementário do STJ também é farto. A Corte aplica o brocardo, por exemplo (sem diferenciá-lo da *inalegabilidade de vícios formais* referida por Menezes Cordeiro, como já visto) para afirmar ser inadmissível a conduta

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 418.151/SC*, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 25/09/2018.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 98.263/GO*, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 07/08/2018.

²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.205.672/DF*, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 10/04/2018.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.164.394/PE*, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 22/03/2018.

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.619.289/MT*, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 07/11/2017.

da parte que “primeiro anuiu ao prosseguimento do contrato e, em seguida, de modo oposto ao primeiro comportamento, questionou sua validade e existência”²⁹⁰.

Em demanda relativa a contrato de seguro, também se encontra referência a essa figura. Em certo Recurso Especial, nessa linha, decidiu a Quarta Turma que, em tendo o segurado firmado documento pontuando que a destruição de um imóvel por incêndio havia sido apenas *parcial*, seria contraditória a conduta posterior de tentar caracterizar o sinistro como *perda total*, “perfazendo comportamento contraditório, de quebra da confiança, em nítida violação a boa-fé objetiva”²⁹¹.

Em litígio relativo a contrato de distribuição de bebidas, a Corte recorreu ao *venire* para reprimir conduta de fornecedor que, primeiro implementou programa de qualidade e o impôs a certo distribuidor (exigindo-lhe investimentos para adequação) para, pouco após, enviar notificação resilindo o ajuste que as partes então mantinham. No acórdão, ainda se pontuou textualmente que “encontra-se bem caracterizado o repudiado *venire contra factum proprium* a conduta da recorrente em rescindir o contrato sem justificativa plausível, apenas por desinteresse comercial”²⁹². A bem da verdade, em se tratando de investimentos efetuados para consecução do mister comercial ajustado pelas partes, a contende poderia ter sido resolvida a partir da direta aplicação dos artigos 473, p.ú., e 720 do Código Civil, que vinculam a possibilidade de resilição da avença ao transcurso de prazo suficiente para amortização desses investimentos – essa seria, a rigor, a decisão mais adequada, pois valer-se-ia de institutos concretos e objetivos, e não do recurso à boa-fé de forma mais abrangente e despreendida das regras legais aplicáveis. De toda sorte, é interessante notar que o STJ, no caso, não viu empecilhos à aplicação da boa-fé em sua função corretora, nada obstante estivesse tratando de contrato interempresarial estabelecido no meio comercial.

Muitos anos antes, em acórdão da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar e antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, o STJ já havia referido ser contraditória a conduta de sujeito que inicialmente reconhece a validade e eficácia de uma promessa de compra e venda de imóvel para, após, negar a pretensão dos compradores de outorga de escritura pública com fundamento em falta de assinatura no contrato preliminar. No caso, o Relator ainda pontua que “havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.190.372/DF*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 15/10/2015.

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.245.645/RS*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/05/2016.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.112.796/PR*, Quarta Turma, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Amapá), j. em 10/08/2010.

injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior”²⁹³.

A intenção aqui realmente não é de exaurir os casos em que o recurso ao *venire* serviu como pêndulo decisório, pois fazê-lo seria inviável e secundário para os objetivos deste trabalho. O breve apanhado recém exposto evidencia, de toda sorte que não são poucos os casos em que isso ocorre – seja em demandas julgadas à luz do Código Civil de 2002, seja noutras, apreciadas ainda sob a égide do Código de 1916 –, mostrando realmente tratar-se aqui de relevantíssimo instituto jurídico a ser tomado em conta, especificamente, no fenômeno contratual.

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 95.539/SP*, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 03/09/1996.

2.2.2 *NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS*

Uma segunda figura extraída da função corretora da boa-fé objetiva, na categorização adotada neste trabalho, é a do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, comumente representada pela máxima segundo a qual a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza – ou, mais literalmente, ninguém pode ser *ouvido* ao alegar a própria torpeza.

A figura em análise não é prevista de forma expressa na legislação brasileira. A doutrina aponta, contudo, disposições legais que a refletiriam de certa maneira como, por exemplo, o artigo 104 do antigo Código Civil de 1916, que impedia a alegação de simulação por partes que para ela houvessem contribuído. Nessa hipótese, a simulação seria *maliciosa*, na concepção de Caio Mário da Silva Pereira, pois “há intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei, e, como expressão da malícia ou da má-fé do agente, inquina de defeito o ato negocial”²⁹⁴, de modo que a simulação não poderia ser invocada por qualquer das partes (se bilateral) ou pelo agente (se unilateral).

Ainda que referida disposição tenha sido suprimida do Código Civil de 2002 – que passou a considerar a simulação como causa de nulidade, e não de anulabilidade do negócio jurídico²⁹⁵, referindo a situação no artigo 150²⁹⁶ – a ideia permanece no ordenamento, segundo Anderson Schreiber, como “princípio geral do direito”²⁹⁷. Assim, poderia ser aplicada com tranquilidade, extraindo-se da própria noção geral de boa-fé. Fora do âmbito do Direito Privado, aí sim, encontra-se referência legal mais expressa ao instituto, sobretudo no bojo do Código de Processo Penal. Isso porque, segundo o artigo 565 desse diploma, “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (...)”.

Voltando à análise doutrinária do tema, veja-se que a categorização proposta por Menezes Cordeiro²⁹⁸ em sua seminal obra sobre o tema da boa-fé, como pontuado acima, diverge daquela adotada por Judith Martins-Costa e, assim, não traz de forma autônoma a figura do *nemo auditur*. Analisando as hipóteses divididas pelo autor português, contudo, é possível inferir que uma de suas categorias, a de “inalegabilidade de nulidades formais”, pode ser

²⁹⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, vol. 1. São Paulo: Forense, 1961, p. 375.

²⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório* – São Paulo: Editora Gen. Atlas, 2016, p. 115.

²⁹⁶ Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

²⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório* – São Paulo: Editora Gen. Atlas, 2016, p. 115.

²⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 771.

aproximada do instituto ora em análise, sobretudo se a nulidade formal de que se cogita no instrumento contratual derivar de ato subjetivamente reprovável do agente – *i.e.*, eivado de malícia, torpeza ou dolo.

De acordo com Judith Martins-Costa, o grande elemento diferenciador dessa figura, especialmente na comparação com o *venire contra factum proprium*, reside na circunstância de que aqui o que interessa de forma mais evidente não é a confiança despertada no *alter* por uma dada ação; importa, isso sim, o “elemento subjetivo da conduta do agente (malícia, torpeza, dolo)”²⁹⁹. Dessa feita, enquanto no *venire* o caso é de avaliar-se *objetivamente* uma possível contradição entre dois atos espalhados no tempo, aqui a abordagem é realmente subjetiva, mesclando de alguma forma a boa-fé objetiva com a boa-fé subjetiva.

A mesma autora reconhece, em sua obra, que as situações fáticas de aplicação do *venire* e do *nemo auditur* são muitas vezes bastante semelhantes, o que, em tese, autorizaria que qualquer das figuras fosse chamada para solver o conflito. Segundo afirma, contudo, há um pêndulo a ser considerado nessa escolha, que é a percepção acerca do *bem jurídico mais fortemente tutelado*: “se é a proteção da confiança, o *venire* há de ser chamado”; mas, “se é a rejeição da malícia, invoca-se o *turpitudinem suam allegans non auditur*”³⁰⁰.

A mesma situação é externada por Anderson Schreiber. Para esse autor, ainda que os institutos possam ser confundidos em muitas oportunidades, o *nemo auditur* tem as atenções voltadas para a malícia cometida pelo agente e pela impossibilidade de que este legitimamente se beneficie dos atos que nesse estado cometeu; o *venire*, por outro lado, centraria o debate na contraparte, o *alter*, verificando-se os efeitos que sobre ela foram causados pela contradição fática e objetiva perpetrada. De fato, ainda que os fins possam ser os mesmos (beneficiar a parte que *não agiu de má-fé*), as justificativas para aplicação de um ou outro instituto divergem.

No que diz respeito à casuística, uma simples consulta ao ementário do Superior Tribunal de Justiça evidencia sua aplicação em um largo espectro de litígios, não apenas de Direito Privado. Assim, por exemplo, aplicou-se o adágio muito recentemente em um *habeas corpus* para afirmar ser contrária à boa-fé a alegação de nulidade de processo penal por falta de defesa adequada por sujeito que, à época da suposta invalidade, advogava em causa própria. Ou seja, se o então paciente deliberadamente deixara de apresentar defesa como exigido pela legislação processual penal, não poderia, após, pugnar pela decretação de nulidade a partir do

²⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 628.

³⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 628.

momento em que o deveria ter feito, pois, para o Relator, seria vedado à parte “arguir vício para o qual concorreu em sua produção, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza – *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”³⁰¹.

No âmbito processual civil, também há um bom número de julgados aplicando o instituto, muitas vezes para obstar o reconhecimento de nulidades por quem tenha contribuído para a suposta invalidade. Foi esse, por exemplo, o caminho seguido pelo STJ para afastar uma alegação de nulidade de citação em caso igualmente recente, no bojo do qual certa pessoa jurídica afirmava que pessoa física que recebera o mandado tirado dos autos não dispunha de poderes para fazê-lo, apesar (I) de o mandado ter sido recebido no endereço que a pessoa jurídica afirmava ser seu nos próprios contratos que subjaziam à discussão do processo; e (II) de ter a referida pessoa física dito expressamente ao Oficial de Justiça dispor de poderes para recebê-lo³⁰².

Adentrando, agora sim, no âmbito do Direito Privado, é curioso notar que o STJ analisou, em agosto de 2017, justamente a hipótese aventada pela doutrina relativamente à hipótese do negócio jurídico simulado. Ao fazê-lo, reforçou a aplicação do artigo 150 do Código Civil de 2002 para afirmar ser contrário ao *nemo auditur* que sujeito envolvido em negócio jurídico simulado venha a juízo pugnar pelo reconhecimento de sua nulidade para eximir-se de obrigações dele derivadas, pontuando o Relator, expressamente, que “não pode a parte, sob o pálio da ampla defesa, pretender beneficiar-se da própria torpeza, pretendendo escusar-se da obrigação formalmente assumida, arguindo a existência de negócio simulado”³⁰³.

No bojo desse mesmo acórdão, o Relator, Ministro Raul Araújo, ainda faz referência a caso anterior, julgado em 2010 sob relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em que se caminhou em sentido idêntico. Naquele, apreciado ainda à luz do Código Civil de 1916, se disse textualmente na própria ementa que “a alegação de simulação de documento firmado ainda na vigência do Código Civil de 1916 não pode ser invocada pela parte com intuito de invalidá-lo”³⁰⁴.

Outro caso interessante apreciado pelo STJ diz respeito a Recurso Especial em que se discutia a validade de fiança prestada por sujeito em contrato de locação firmado por terceiros,

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 453621/ES*, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 23/10/2018.

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 1013829/RJ*, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 07/08/2018.

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.620.917/MT*, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 29/08/2017.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 747.953/MG*, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 08/03/2010.

especificamente com enfoque na falta de outorga uxória. Na ocasião, a Turma Julgadora afirmou que, em tendo o fiador omitido, no momento da assinatura do instrumento contratual, a sua condição de *casado*, não poderia posteriormente se valer dessa circunstância para pugnar pelo reconhecimento de nulidade da fiança³⁰⁵.

Como se percebe, a aplicação do instituto, mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é bastante difundida, englobando o Direito Processual Penal, o Direito Processual Civil, o Direito de Família e, para o que aqui interessa, de forma muito importante o Direito Contratual. Não por acaso, a Corte já pontuou que “é princípio geral do Direito que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza”³⁰⁶, evidenciando que, apesar de não haver disposição legal absolutamente expressa quanto à sua aplicação no âmbito do Direito Privado, esta é uma importante expressão concreta da boa-fé objetiva em sua função corretora.

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.128.770/PR*, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado no TJAP), j. em 16/11/2010.

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.529.742/RJ*, Terceira Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 15/03/2016.

2.2.3 SUPPRESSIO E SURRECTIO

Outras duas figuras extraídas pela doutrina a partir da função corretora da boa-fé objetiva são as da *suppressio* e da *surrectio*. Tais máximas, a despeito de diametralmente opostas do ponto de vista fático, partem de pressupostos semelhantes, de modo que aqui serão tratadas de forma unificada, sem prejuízo da exposição daquilo que as diferencia.

A *suppressio*, inicialmente, caracteriza-se pelo “não-exercício de um direito durante um determinado lapso de tempo, que não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé”³⁰⁷. Trata-se, noutras palavras, de situação em que “o não-uso de um direito subjetivo ou de uma faculdade, durante certo tempo, em vista de uma relação negocial”³⁰⁸, gera a legítima expectativa na contraparte de que esse dado direito ou faculdade não mais será exercido – uma “confiança na estabilidade da situação”³⁰⁹.

O papel da *suppressio*, segundo Judith Martins-Costa³¹⁰, é o de atuar como regra de lealdade e de tutela da legítima expectativa, minorando os efeitos de uma “surpresa desleal”. Para tanto, tal figura impede que o titular de um direito por longo período não exercido repentinamente decida exercê-lo, “contra todas as fundadas expectativas” e “muito embora tenha suscitado no cocontratante a fundada confiança de que não o exigiria”. A expressão *fundada confiança* referida pela autora é importantíssima, pois, tal qual ocorre no *venire*, evidencia que a situação a ser obstada pela boa-fé é aquela que contrarie uma confiança legítima surgida na contraparte, avaliada sempre de forma objetiva, e não subjetiva.

Afirma Rogério Zuel Gomes que “a *suppressio* consiste em demora desleal no exercício de direito, que induz a outra parte ao convencimento de que tal direito não mais venha a ser exercido em que pese, legalmente, o direito estar amparado”³¹¹. Um olhar detalhado para o instituto, contudo, revela que o que é realmente *desleal* nos casos de incidência da *suppressio* não é a simples *demora no exercício de direito*, mas a intenção de exercê-lo posteriormente, depois de gerada expectativa na contraparte de que tal conduta não fosse adotada. Isto é: não há violação à boa-fé em não exercer um direito ou uma faculdade, ao contrário do que parece

³⁰⁷ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

³⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 647.

³⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 647.

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 649.

³¹¹ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

sugerir o referido autor; o que a boa-fé veda é a contradição entre a omissão estendida no tempo e o futuro exercício desses atos, pois não basta à configuração da *suppressio* “o simples retardamento no exercício do direito, não devendo tal instituto ser confundido com a prescrição e decadência³¹², relacionadas apenas aos efeitos do tempo sobre as relações jurídicas”³¹³.

Quando opera, a *suppressio* culmina “na redução do conteúdo obrigacional pela inércia de uma das partes em exercer direito ou faculdades, gerando na outra legítima expectativa”³¹⁴. A demora no exercício desse direito “torna-se uma ofensa à lealdade e à confiança que deve existir entre os contratantes” e justifica, assim, “a intervenção do Juiz para restabelecer o equilíbrio da relação”³¹⁵.

A doutrina refere serem dois os pressupostos para sua configuração: (I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não seria mais exercido³¹⁶ e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor³¹⁷. Em estando presentes esses pressupostos, a função corretora atua para corrigir a forma de exercício das posições jurídicas daqueles envolvidos em uma relação negocial, objetivando “provocar uma supressão de certas faculdades jurídicas, ou seja, não se permite mais o exercício, pois se pune o exercício de posição que tenha sido deslealmente retardada”³¹⁸.

Neste ponto, é importante estabelecer, especificamente quanto à *suppressio*, que, ainda que o instituto seja realmente bastante assemelhado ao *venire contra factum proprium*, a identidade não é total. Há algumas diferenças importantes entre eles que devem ser consideradas, pontuadas por Júlio Gonzaga Andrade Neves³¹⁹.

A primeira delas reside no fato de que o *venire* possui “raízes medievais, com pontuais precedentes romanos sazonalmente apontados como origens remotas do instituto”, enquanto a *suppressio* tem seu alvorecer apenas na Alemanha do início do século XX. Como o próprio

³¹² A questão relativa à distinção entre a *suppressio* e institutos como prescrição e decadência é analisada detidamente por Júlio Gonzaga Andrade Neves (NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 84 e ss.).

³¹³ ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

³¹⁴ ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

³¹⁵ SOUZA MIRANDA, José Gustavo. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 135, jan-mar/2002.

³¹⁶ FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da *suppressio*. *Revista de Direito Privado*, v. 44/2010, pp. 28/57.

³¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 218.

³¹⁸ ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

³¹⁹ NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 80-81.

autor alerta, contudo, o simples fator histórico talvez não fosse suficiente para distinguir razoavelmente os institutos, que bem poderiam ter surgido a modo e tempo distintos, mas hoje se aproximarem totalmente.

O segundo aspecto ressaltado, pois, talvez seja o mais relevante: no *venire contra factum proprium*, a conduta inicialmente praticada pelo sujeito é *comissiva*; na *suppressio*, omissiva. Por essa razão, na *suppressio* se tomam em conta os efeitos do *tempo*, *a priori* irrelevantes no *venire*, pois aqui o que interessa é a contumácia da omissão, estendida no tempo de tal forma a fazer surgir a confiança na contraparte de que dado direito, até então não exercido, não mais o será. É isso que já dizia Menezes Cordeiro referindo que, embora o fator *tempo* esteja presente também no *venire* – pois os atos potencialmente contraditórios do sujeito precisam estar separados cronologicamente – no caso da *suppressio* ele assume um papel ainda mais importante, pois “apenas pela sua continuidade pode, o não exercício, suscitar as expectativas sociais de que essa auto-representação se mantém”³²⁰.

Qualquer que seja o ponto de diferenciação a ser adotado, o fato é que a distinção entre os institutos talvez tenha mais relevância teórica do que prática. Afinal, num ou noutro caso, o que interessa mesmo é a proteção da confiança e a repressão ao comportamento contraditório, independentemente da categoria jurídica em que se inclua essa contradição dentro do âmbito da função corretora da boa-fé objetiva. Mesmo porque, como pontua o próprio Menezes Cordeiro, “a *suppressio* torna-se uma forma de exercício inadmissível de direitos, por *venire contra factum proprium*”³²¹.

Tal como ocorre nas demais figuras analisadas neste trabalho, a definição concreta da *suppressio* é inviável, pois depende sempre da avaliação da relação negocial como um todo e das circunstâncias específicas que a compõem. Aqui, de toda sorte, a busca por critérios objetivos que possam balizar a aplicação do instituto é ainda mais relevante, pois, como pontua Ana Frazão, “há o receio de que uma utilização excessivamente flexível do princípio possa gerar resultados indesejáveis do ponto de vista da autonomia privada, da segurança jurídica e do equilíbrio contratual”³²². Nessa linha, observar a casuística é importante para mostrar os critérios e a forma adotada pelos Tribunais para dar concreção à ideia de *suppressio*, nesses casos privilegiando a confiança e a legítima expectativa.

³²⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 813.

³²¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 810.

³²² FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da *suppressio*. *Revista de Direito Privado*, v. 44/2010, pp. 28/57.

A análise do ementário do Superior Tribunal de Justiça revela que, tal qual se dava no caso do *venire* e do *nemo auditur*, a aplicação concreta da *suppressio* se dá nas mais diversas situações – tanto de direito processual quanto material. Alguns desses merecem ser analisados, nada obstante também se verifique nessa pesquisa que a Corte reiteradamente encontra, nos Enunciados nº 5 e 7 de sua Súmula, um óbice à reapreciação de casos em que as instâncias inferiores tenham aplicado a figura, ao argumento de que a revisão dos “requisitos para a incidência do instituto da *suppressio* demandaria a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame de provas”³²³⁻³²⁴.

Quando ultrapassou esse seu próprio obstáculo, a Corte já aplicou a *suppressio*, por exemplo, para afirmar que a “mudança” de um *comportamento omissivo* ofende a boa-fé, justamente por conta da “criação de expectativa legítima da outra parte de que não seria exigida qualquer contraprestação”. No caso, discutia-se pretensão de um dado economista de ver-se indenizado pelo uso de seu nome por uma certa instituição financeira sem a devida autorização. Entendeu a Terceira Turma³²⁵, contudo, que a omissão do sujeito quanto à cobrança das verbas durante considerável interregno impedia a posterior exigência da quantia em Juízo, precisamente pela legítima confiança gerada na contraparte de que não haveria tal cobrança.

O STJ fez incidir a *suppressio*, também, para afastar a possibilidade de que uma distribuidora de combustíveis buscasse penalizar posto revendedor que, durante a contratualidade, deixara de cumprir as metas mínimas de aquisição de gasolina. Na oportunidade, aplicando o artigo 921 do Código Civil de 1916³²⁶, decidiu a Terceira Turma³²⁷ que, dada a omissão do distribuidor quanto à exigência de cumprimento das metas durante a vigência da relação, esta não poderia legitimamente cobrar a diferença de faturamento, ainda

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 309.569/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 17/05/2016.

³²⁴ A conclusão foi a mesma, com outras palavras, no AgRg no AREsp nº 653.044/SP, em cuja ementa se pontuou que “analisar o fato de que a recorrida teria permitido implicitamente o cumprimento do contrato em menor extensão do que o pactuado, pois não se insurgiu a tempo quanto ao descumprimento, ensejando a aplicação da teoria da *suppressio*, não é possível, neste caso, uma vez que seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é obstado em recurso especial”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 653.044/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 06/10/2015) e no REsp nº 1.533.061/RJ, na qual colocado que “O entendimento a que chegou a instância ordinária fundou-se na interpretação do contrato existente entre as partes e nas provas dos autos, atraindo os óbices das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.533.061/RJ*, Terceira Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 04/08/2015).

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.520.995/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13/06/2017.

³²⁶ Art. 921. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora.

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.374.830/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 23/06/2015.

acrescida de multa, quando da extinção da relação, pois gerara a legítima confiança na contraparte de que tal circunstância seria tolerada pela distribuidora.

Outro do âmbito do direito contratual é o “caso dos produtos Tostines”³²⁸, assim batizado por Judith Martins-Costa³²⁹. No caso, em que se discutia a licitude de rompimento de contrato de distribuição de alimentos por parte do fornecedor, o STJ manteve o afastamento da possibilidade de considerar-se o inadimplemento do distribuidor em relação a certos títulos como justa causa para rompimento da relação, exatamente como decidira o Tribunal de Justiça do Paraná em sede de Apelação, sob o argumento de que a fornecedora sempre havia tolerado algum atraso nesses pagamentos, de modo que, “a partir do momento em que a apelante tolerava os atrasos, surgia para a apelada a expectativa de poder adimplir suas obrigações em prazo superior àquele constante no título”.

Passando para a análise da figura da *surrectio*, é importante ter em mente que esta reproduz uma máxima de proteção da confiança de modo diametralmente oposto à *suppressio*, mas, como já dito, por fundamentos muito semelhantes. Trata-se, especificamente, de “fenômeno pelo qual há o surgimento de um direito não existente antes de forma jurídica, mas que era socialmente tido como presente”³³⁰. E o termo mais importante é realmente esse: o *surgimento* de um direito, uma situação jurídica, que pode ser (I) totalmente nova, quando ter-se-ia a *surrectio* em sentido estrito; (II) ser nova, porém inconciliável com uma situação jurídica pretérita; ou (III) o direito de não mais cumprir uma obrigação anteriormente existente, agora na *surrectio* em sentido amplo³³¹.

A correlação entre os institutos da *suppressio* e da *surrectio*, que justifica muitas vezes o tratamento simultâneo pela doutrina, reside na circunstância de que a segunda “corresponderia ao surgimento de direitos para aquele que está sendo protegido pelo instituto da *suppressio*”³³². Ou seja, enquanto na *suppressio* há a extinção de um direito pelo transcurso de tempo sem seu

³²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 401.704/PR*, Quarta Turma, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), j. em 25/08/2009.

³²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na resilição de contratos duradouros e na caracterização da *suppressio* in *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado* (coord. Ana Frazão e Gustavo Tepedino). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 513 e ss.

³³⁰ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais in *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual* (coord. Cláudia Lima Marques) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 218.

³³¹ NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 74.

³³² ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

exercício pelo titular, a situação aqui é inversa: surge um direito, não previsto pelas partes, pela sua reiterada ocorrência no tempo sem insurgência ou irresignação da contraparte.

Precisamente por conta dessa situação, a doutrina, ao tratar dos requisitos para aplicação da *surrectio*, normalmente o faz pela adoção de parâmetros semelhantes àqueles da *suppressio*. Assim, Menezes Cordeiro³³³, fazendo referência à lição de Jürgen Schmidt, afirma que seriam necessários (I) o decurso de um certo período de tempo, durante o qual se age de uma certa forma; (II) uma “conjugação objectiva de factores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; e (III) a ausência de previsões negativas que impeçam o surgimento desse novo direito.

A atuação da *surrectio*, enfim, se dá quando ocorre o surgimento de um direito não originalmente previsto na relação negocial, mas decorrente da forma com que as partes lhe deram vigência na prática. Aqui, a expectativa de direito e a confiança protegidas pela boa-fé extrapolam os limites estritos do contrato como formalmente posto, ocorrendo a “criação de uma situação nova, de um direito que extrapola os direitos conferidos pelas cláusulas que compõem o contrato, não podendo por este ser impedido”³³⁴. Por isso se afirma que “pela *surrectio* ocorre não a paralisação de um direito [ou da possibilidade de exigir], mas o surgimento de um benefício conferido à contraparte”³³⁵.

Esse tratamento dualista da *suppressio* e da *surrectio*, alerte-se, é alvo de algumas críticas por parte de Júlio Gonzaga Andrade Neves³³⁶, referindo que a ideia de que os institutos sejam faces de uma mesma moeda, normalmente reconduzida a Menezes Cordeiro, seria, na verdade, minoritária na doutrina. Para o autor brasileiro, seriam três as razões pelas quais os institutos não seriam propriamente antagônicos entre si: (I) em primeiro lugar, porque “a *suppressio* se opera na esfera jurídica do titular, que ‘age em não-direito’, e não na esfera jurídica do sujeito passivo, que reagiria em ‘direito defensivo’” – isto é, a aplicação da *suppressio* para impedir a prática de um ato tido como inadmissível não geraria, em contrapartida, um “novo direito” ao cocontratante, pois haveria tão somente uma limitação do direito subjetivo da parte que pretendia agir em contradição, e não um acréscimo de direitos à contraparte; (II) em segundo, porque os efeitos de uma e outra operariam em planos diversos –

³³³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 822.

³³⁴ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

³³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 653.

³³⁶ NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 75-77.

a *suppressio* no da eficácia, retirando a eficácia do ato jurídico contraditório apenas na medida necessária para preservar a confiança da contraparte e a *surrectio* no da existência, fazendo nascer um *novo* direito; e (III) por fim, a juízo do autor, que a boa-fé não teria o condão de gerar, por si só, a aquisição de um novo direito, de uma posição jurídica qualquer. O autor conclui, a partir disso, que “a *surrectio* sequer existe como figura abstrata no Brasil” e que, ainda que essa existência fosse admitida, “os pressupostos e efeitos das figuras seguiriam por caminhos diversos, e não meramente ‘espelhados’”, razão pela qual o tratamento desta e da *suppressio* como se institutos antagônicos fossem não teria razão de ser.

Independentemente dessa importante crítica e do debate doutrinário a respeito, o fato é que a análise da jurisprudência dos principais tribunais do país evidencia a aplicação concreta da ideia de *surrectio* para solucionar casos concretos³³⁷. A invocação dessa figura, contudo, certamente se dá em uma gama de casos bastante menor do que aquela que envolve a *suppressio*, como visto acima, revelando a consulta ao ementário do STJ que a própria referência ao instituto se dá muitas vezes em uma simples alusão às máximas de concreção³³⁸ da boa-fé objetiva, ao lado das demais figuras aqui analisadas³³⁹.

De forma mais específica, pontuando a criticada *dualidade* entre *suppressio* e *surrectio*, ocorreu o julgamento do Recurso Especial nº 1.338.432/SP³⁴⁰, em que se tratava da mesma situação de compra de combustíveis abaixo das metas estabelecidas pela distribuidora analisada anteriormente. Nesse recurso, colocando-se frente a caso concreto muito semelhante, afirmou a Quarta Turma, para afastar a pretensão da distribuidora de cobrar pelas metas não atingidas que “em direção oposta à *suppressio*, mas com ela intimamente ligada” estaria a “teoria da *surrectio*, cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada por ação ou comportamento”. Compreenderam os Ministros, noutras palavras, que a falta de exigência de cumprimento das metas, ao mesmo

³³⁷ No âmbito da *surrectio*, porém, também são diversos os julgados que invocam as Súmulas 5 e 7 do STJ para afastar a possibilidade de conhecimento do Recurso Especial interposto pela parte. Assim, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 960.486/SP*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 10/10/2017.

³³⁸ A expressão *concreções da boa-fé objetiva* é utilizada para amalgamar as figuras da *suppressio*, *surrectio*, *tu quoque*, e *venire contra factum proprium* no Enunciado nº 412 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view> [acesso em 26/11/2018].

³³⁹ Assim, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.040.606/ES*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/04/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.202.514/RS*, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21/06/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 953.389/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23/02/2010.

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.338.432/SP*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/10/2017.

tempo em que suprimia da distribuidora o direito contratual de exigí-las, conferia ao posto um direito de não ter caracterizado incumprimento nessa situação.

Um segundo caso em que a *surrectio* foi aplicada pelo STJ, mas aí não de forma tão detalhada, é o Recurso Especial nº 1.426.413/RJ, submetido à Quarta Turma. Na hipótese, tratava-se de demanda envolvendo entidade de previdência privada e mais de duzentos e cinquenta autores, que litigavam sobre o pagamento de diferenças de suplementação de aposentadoria. O processo já se encontrava na fase de Liquidação de Sentença quando, frente a divergências a respeito dos cálculos e da própria metodologia para confeccioná-los, as partes entabularam acordo prevendo sistemática de pagamento de valores certos e determinados no prazo de trinta dias contados da homologação da referida transação. Os tais pagamentos teriam sido efetivamente feitos pela entidade, mas fora desse prazo de trinta dias; contra isso, todavia, os autores jamais se insurgiram, levantando a quantia sem qualquer ressalva. Posteriormente, os beneficiários voltaram-se contra essa conduta e pretenderam cobrar juros e correção monetária incidentes sobre a cifra, requerendo a intimação da entidade para complementação dos pagamentos. O entendimento da Corte frente a esse cenário, então, foi de que os sucessivos levantamentos do numerário pelos autores, sem qualquer ressalva ou manifestação de irrisignação, suprimira seu direito de buscar a cobrança das aludidas diferenças – ou seja, ter-se-ia a *suppressio* quanto aos autores e, de outro lado, a *surrectio* para a entidade de previdência, que veria surgir o *direito* de não pagar consectários.

A casuística da *surrectio* no STJ, como adiantado, não é tão vasta quanto nas demais figuras de concreção da boa-fé objetiva. Trata-se, contudo, ao lado da *suppressio*, de importante mecanismo concreto para impedir o exercício inadmissível de direitos e posições jurídicas, privilegiando-se sempre a estabilidade da situação e a confiança depositada pelo *alter* em uma omissão ou ação comissiva alargada no tempo.

2.2.4 TU QUOQUE

Passando para a próxima figura, diga-se que o *tu quoque* representa a máxima segundo a qual “a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, sem que se caracterize abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma violada lhe tenha atribuído”³⁴¹. Sua atuação se dá, pois, no sentido de evitar a contradição consistente em ações “com pesos e medidas distintos”³⁴² em situações que ora prejudicam, ora beneficiam um dado sujeito.

Segundo Rogério Zuel Gomes, essa máxima agiria “impossibilitando à pessoa que viola norma jurídica, exercer a situação jurídica sem que se verificasse abuso”. Afinal, “somente a fidelidade jurídica pode exigir a fidelidade jurídica” de modo que “aquele que não cumpriu com os seus deveres não poderá exigir do outro o cumprimento do que a este cabia como dever.”³⁴³

A ideia básica do *tu quoque* é a de que seria contrário à boa-fé permitir o comportamento inconsistente, “que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual”. Nessa linha, é frequentemente aproximado o brocardo inglês *equity must come in clean hands*³⁴⁴.

É que a boa-fé, neste aspecto, age de modo a preservar o sinalagma contratual, “impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual”³⁴⁵. Nesse sentido, exemplifica Teresa Negreiros, “é o caso do contratante, em mora quando da ocorrência de circunstâncias que alteram a base do negócio, pretender então que o negócio seja extinto”³⁴⁶, ou ainda “o caso do condômino, violando ele próprio a convenção do condomínio, pretender exigir dos outros condôminos que a respeitem”³⁴⁷.

De fato, “o sistema jurídico não admite que alguém pretenda exigir que terceiros acatem comento legal ou contratual por ele mesmo desrespeitado”³⁴⁸ e é precisamente essa a função do

³⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais in *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual* (coord. Cláudia Lima Marques) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 218.

³⁴² MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais in *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual* (coord. Cláudia Lima Marques) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 218.

³⁴³ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

³⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

³⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

³⁴⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

³⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

³⁴⁸ ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

tu quoque: impedir a contradição do sujeito que, descumprindo certo preceito legal ou contratual, pretenda exigir-lo da contraparte, daí decorrendo “uma desconsideração da posição jurídica adquirida, por ela ter se dado injustamente”³⁴⁹.”

Apesar da existência das já referidas *zonas cinzentas* e da apontada sobreposição das figuras parcelares da função corretora da boa-fé objetiva em certas situações concretas, de acordo com Anderson Schreiber, a ideia de contradição que o *tu quoque* busca reprimir é mais específica do que as demais, “porque relacionada à utilização de critérios valorativos diferentes para situações objetivamente muito similares ou idênticas”. Para o autor, então, seria possível classificá-lo como uma *subespécie* de *venire contra factum proprium*³⁵⁰, mas não como um sinônimo.

Por sua vez, Judith Martins-Costa refere que, apesar da semelhança entre diversas das máximas extraídas da boa-fé objetiva – *venire, nemo auditur* e *tu quoque*, especificamente – há entre elas algumas diferenças sutis. Isso porque, enquanto no *venire* o cerne está na proteção da confiança erguida a partir da primeira conduta, no caso do *nemo auditur* o foco está na repressão à malícia e no *tu quoque*, por fim, na contradição axiológica e das balizas utilizadas por dado sujeito para ora julgar, ora julgar-se³⁵¹.

Muito embora o *tu quoque* não esteja previsto na legislação brasileira de forma expressa como regra geral, a doutrina costuma aproximá-lo de algumas disposições do Código Civil. Assim, por exemplo, ocorreria no artigo 105, segundo o qual “a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio”, no artigo 180, ao dispor que “o menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigarse, declarou-se maior” e no artigo 129, que determina que “reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”. Mais adiante, o brocardo é conduzido ao artigo 1.220 (“ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias) e ao artigo 1.814, III (são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários [...] que, por violência

³⁴⁹ FÉLIX JOBIM, Márcio. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 173.

³⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório* – São Paulo: Editora Gen. Atlas, 2016, p. 122.

³⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 641 e ss.

ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade).

Como se vê, há diversas disposições do Código Civil que podem ser reconduzidas ao *tu quoque*, sempre no sentido de obstar que aquele sujeito que violou certa regra jurídica possa se beneficiar dessa conduta de alguma forma. Trata-se, pois, como dito, de mecanismo de elevada importância axiológica para o ordenamento jurídico, que, muito embora por vezes pareça estar primordialmente reprimindo o ato contraditório do sujeito, na verdade age como forma de proteção da confiança investida pela contraparte – o cerne é a proteção da confiança, e não a repressão à conduta contraditória propriamente dita³⁵², ainda que essa seja uma consequência lógica.

Especificamente no âmbito contratual, o *tu quoque* incide quando se viola “uma determinada disposição do contrato e, apesar disto, se exige o adimplemento da contraparte, e um *tu quoque* de natureza extracontratual, quando se faz valer determinado direito, adquirido maliciosamente ou decorrente de um inadimplemento de dever legal”³⁵³. Ou seja, “a contradição dar-se-ia na conduta da parte que, desrespeitando um contrato, exige seu cumprimento pela contraparte”³⁵⁴.

Para Teubner³⁵⁵, a aplicação do *tu quoque* no âmbito dos contratos decorreria da incidência de ao menos oito princípios, quais sejam, a retaliação, a regra da integridade, a recusa de proteção jurídica a compensação de culpas, o recurso ao próprio não-direito, o comportamento contraditório, a renúncia a sanções e a proporcionalidade contratual. Menezes Cordeiro, em sua obra, analisa detidamente cada uma dessas características, colocando especial enfoque na questão do sinalagma, pois “qualquer atentado a uma das prestações implicadas pode ser, na realidade, um atentado ao sinalagma; sendo-o, altera toda a harmonia da estrutura sinalagmática, atingindo, com isso, a outra prestação”³⁵⁶. Segundo essa percepção, além de mecanismo de proteção da confiança da contraparte, o *tu quoque* atuaria objetivamente no sentido de manter o sinalagma, haja vista que exigir-se o cumprimento de dada obrigação apenas de uma das partes invariavelmente culminaria em um desequilíbrio entre as prestações.

³⁵² SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório* – São Paulo: Editora Gen. Atlas, 2016, p. 112.

³⁵³ FÉLIX JOBIM, Márcio. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 173.

³⁵⁴ FÉLIX JOBIM, Márcio. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 173.

³⁵⁵ TEUBNER, Gunther *apud* MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 840.

³⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 844.

Nessa seara dos contratos, o instituto em questão é frequentemente aproximado da exceção do contrato não cumprido, prevista no artigo 476 do Código Civil e segundo a qual “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. É que a *exceptio* e o *tu quoque* seguem a mesma lógica, sendo que a primeira pode ser vista como uma especificação da segunda atuando de forma geral e residual, pois “quando não incide a exceção, poderá ser invocado, conforme as circunstâncias, para apontar à ilicitude configurada na conduta de quem exige de outrem o cumprimento de regra fraudada por si”³⁵⁷.

A exceção do contrato não cumprido e o *tu quoque* estão intrinsecamente ligados à noção de sinalagma – isto é, à “dependência recíproca das obrigações”³⁵⁸. Isso porque em ambos se busca a manutenção da *correspectividade* durante o desenvolvimento da relação obrigacional³⁵⁹ a partir da vedação ao comportamento da parte que, ao agir de forma contraditória e com “dois pesos e duas medidas” de alguma forma fira essa correlação entre a extensão das obrigações assumidas no contrato. É que se revela manifestamente violador dessa *correspectividade* a exigência de que apenas uma das partes cumpra certa obrigação ou prestação, de modo que o Direito deveria intervir para, reprimindo a conduta daquele que age em violação à boa-fé, restabelecer o equilíbrio entre as prestações.

A análise da jurisprudência relativa à aplicação do *tu quoque* revela que, sobretudo no STJ, sua utilização se dá de forma muito mais intensa na seara do processo penal, no sentido de impedir que uma parte que deu causa a certa nulidade procedimental venha a invocá-la posteriormente³⁶⁰. No que diz respeito ao direito privado propriamente dito, todavia, ao menos no ementário do STJ, as decisões são mais escassas e, mesmo quando há referência expressa ao instituto, isso se dá, como no caso da *surrectio*, em meras *listagens* das figuras parcelares da boa-fé objetiva, sem uma aplicação mais específica do adágio.

No âmbito dos Tribunais de Justiça locais, aí sim, decisões que se valem do *tu quoque* podem ser encontradas com alguma tranquilidade. Na Apelação Cível nº 70066464645, por exemplo, o Tribunal gaúcho julgou improcedente pretensão de autor de ver-se indenizado pelo descumprimento de um acordo judicial entabulado com instituição financeira por considerar

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 642.

³⁵⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 72.

³⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 644.

³⁶⁰ Assim, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 276.597/SP*, Sexta Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 05/12/2017.

inexistentes provas de que ele próprio, o autor, havia cumprido a parte que lhe cabia na referida transação (o pagamento de parcelas devidas por financiamento). Ao fazê-lo, referiu que não há “direito à indenização com base no descumprimento do réu quando o próprio autor não adimpliu as suas obrigações”³⁶¹.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, aplicou a ideia de *tu quoque* para afastar pedido de majoração de indenização por danos morais deduzido por advogadas que haviam sido ofendidas por ex-cliente, em seu local de trabalho, ao argumento de terem retido valores excessivos quando da formalização de acordo em nome daquela. A 26^a Câmara de Direito Privado, na oportunidade³⁶², constatou que a retenção excessiva de valores realmente ocorrera e fora reconhecida judicialmente em outra demanda, de modo que, em tendo efetiva violação à ordem jurídica pelas advogadas, estas não poderiam, pelo *tu quoque*, ver majorada a indenização que havia sido fixada em primeira instância.

Noutra hipótese³⁶³, o mesmo Tribunal se valeu do instituto para solver caso relativo a um compromisso de compra e venda de imóvel. No caso, as partes teriam firmado tal documento prevendo o pagamento de um sinal de R\$ 1.350.000,00 e do saldo, após, em até seis meses. Posteriormente à assinatura do documento, todavia, o promitente vendedor teria recebido proposta pelo imóvel em valor superior àquele estabelecido com o promitente comprador, exigindo deste último uma majoração do preço inicialmente estipulado – daí a propositura de demanda indenizatória pelo promitente comprador. O litígio foi solucionado pela 7^a Câmara de Direito Privado, em seguida, com fulcro no entendimento de que, como o promitente comprador deixara de pagar tempestivamente o sinal estabelecido no compromisso, não poderia exigir do promitente vendedor sua vinculação àquele documento, senão em violação à boa-fé.

Enfim, como adiantado, nos Tribunais locais são diversas as hipóteses em que a ideia do *tu quoque* é invocada para solucionar casos concretos, valendo-se as Câmaras Julgadoras da inadmissibilidade da conduta contraditória para vedar pretensões ou exceções deduzidas por quem tenha igualmente violado a norma jurídica aplicável.

³⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70066464645*, Décima Câmara Cível, rel. Des. Marcelo Cezar Muller, j. em 26/11/2015.

³⁶² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1002825-81.2016.8.26.0019*, 26^a Câmara de Direito Privado, rel. Des. Alfredo Attié, j. em 01/10/2018.

³⁶³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1000394-35.2015.8.26.0011*, 7^a Câmara de Direito Privado, rel. Des^a Mary Grün, j. em 21/06/2018.

2.2.5 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Uma derradeira figura a ser analisada no âmbito da função corretora da boa-fé objetiva é a do adimplemento substancial, segundo a qual se entende “deva ser rejeitada a resolução quando, apesar do incumprimento no tempo, modo e forma devidos, houve cumprimento parcial e este foi ‘muito próximo’ ao previsto no contrato como resultado devido”³⁶⁴. Seu grande papel, assim, está em limitar ou impedir o “exercício do poder formativo (potestativo) de resolução contratual nos casos em que a prestação contratual, embora não totalmente cumprida, foi ‘substancialmente adimplida’”³⁶⁵.

A teoria do adimplemento substancial advém da noção de *substancial performance*, da *common law*. Seu surgimento, de fato, teria se dado no âmbito das Cortes de Equity, da Inglaterra do século XVIII, que passaram a incluir a boa-fé como limitador da autonomia da vontade no sentido de que, “ainda que o contrato ou mesmo a lei preveja a rescisão, esta pode ser contrária à boa-fé se o adimplemento ‘consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas’”³⁶⁶.

É importante destacar que a doutrina do adimplemento substancial não serve para simplesmente apagar os efeitos do incumprimento de parte do contrato, como se a execução de grande parte das obrigações ajustadas representasse um salvo-conduto para que as demais fossem simplesmente ignoradas, tão somente por ter havido um “cumprimento próximo do resultado final”³⁶⁷. O instituto se presta, isso sim, para buscar preservar os efeitos do contrato emanados daquele cumprimento *quase total*, impedindo a resolução em momento tão adiantado da vida do contrato e impondo que as consequências do incumprimento parcial sejam solvidas por outros mecanismos que não a resolução, como as perdas e danos.

Segundo Anelise Becker³⁶⁸, quando o adimplemento é substancial, “foi cumprido aquilo que era essencial na relação obrigacional e, por isso, satisfeitos os interesses do credor”. Assim, este não poderia legitimamente “pedir sua resolução em virtude do descumprimento de detalhes secundários, que não interfere no proveito que tira da prestação efetivamente oferecida”.

³⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 679.

³⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 216.

³⁶⁶ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 250.

³⁶⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português in *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva (org. Vera Maria Jacob de Fradera)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 52.

³⁶⁸ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 9, pp. 60-77, 1993.

A bem da verdade, a extensão do incumprimento que autoriza a aplicação do adimplemento substancial talvez não seja apenas de “detalhes secundários” e, mais do que isso, possivelmente não seja absolutamente preciso dizer que o credor, mesmo sem o cumprimento de uma parcela considerável das obrigações do devedor, poderia estar *satisfeito*. Isso porque a prática demonstra que a doutrina do adimplemento substancial por vezes é aplicada para impedir a resolução de contratos de financiamento em que o devedor tenha pago aproximadamente 80% do valor total devido, por exemplo, pela aquisição de um automóvel.

Partindo dessa premissa, pode-se ver, em primeiro lugar, que o incumprimento pelo devedor não diz respeito a aspectos secundários das obrigações assumidas, mas a parcelas devidas no âmbito da obrigação principal assumida no contrato, que é a de pagar o valor devido à instituição financeira. E, em segundo lugar, que, em tendo havido incumprimento de cerca de 20% do valor do contrato, é possível que os interesses do credor não estejam *satisfeitos*, já que sua margem de lucro bem poderia ser justamente a dos 20% faltantes – e financiamentos e empréstimos, claro, são concedidos justamente com vistas ao lucro do final da operação³⁶⁹.

Quer-se dizer com isso que a doutrina do adimplemento substancial se aplica não para impedir que o credor exerça um direito de exigir o pagamento do valor total que lhe é devido – porque isso é absolutamente legítimo. O que se busca por meio da aplicação desse instituto é privilegiar a manutenção dos efeitos de um contrato já parcialmente cumprido, mas sempre permitindo, como visto, que o incumprimento seja solvido por outras técnicas jurídicas como, por exemplo, a exigência do próprio crédito em ação própria e a busca de reparação por perdas e danos em decorrência da mora. Afinal, “o fundamento do adimplemento substancial está (...) na conjugação entre a boa-fé – como modeladora do exercício jurídico – e a utilidade contratual”³⁷⁰.

A análise do ementário do Superior Tribunal de Justiça revela uma curiosa referência ao instituto em processos relativos a obrigações alimentares, inclusive quando, em processo penal, se discute a possível prisão do alimentante. Nesses casos, decide com alguma frequência a Corte que “o pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão

³⁶⁹ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 38/39.

³⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 680.

civil”³⁷¹, negando, assim, a possibilidade de que o adimplemento substancial servisse para salvar o alimentante que cumpre apenas parcialmente a obrigação alimentar.

Mais especificamente no âmbito do direito privado, aqui também são frequentemente invocados os Enunciados nº 5 e 7 da Súmula da Corte para obstar o conhecimento de recursos que porventura veiculem alegação de aplicação da teoria do adimplemento substancial³⁷², o que dificulta a localização de decisões em que o fundo da questão tenha sido apreciado pelo Tribunal. Apesar disso, algumas decisões a respeito, no mérito, podem ser localizadas.

Ilustrativo nesse sentido é o Recurso Especial nº 1.581.505/SC³⁷³, em que, curiosamente, a teoria *não foi* aplicada. Isso porque desse julgado se extraem os requisitos que o STJ considera necessários para incidência do adimplemento substancial, listados expressamente pelo Relator: (I) “a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes”; (II) “o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio”; e (III) “deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários”.

Antes mesmo dessa sistematização clara dos requisitos que julgava adequados, a Corte aplicou a teoria, por exemplo, no Recurso Especial nº 1.051.270/RS³⁷⁴, em que tratava de contrato de arrendamento mercantil para aquisição de veículo (*leasing*) de cujas trinta e seis parcelas, trinta e uma haviam sido pagas pelo devedor. Na oportunidade, afirmou a Quarta Turma que seria necessário “impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”, colocando ainda que não estava a afirmar que “a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes”, mas tão somente que, frente a um cenário de *substancial performance*, poderia o credor se valer de meios menos gravosos do que a resolução para ver pagas as parcelas faltantes ajustadas no contrato.

³⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 104.119/RJ*, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13/11/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 439.973/MG*, Quarta Turma, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 16/08/2018.

³⁷² Assim, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.739.068/DF*, Quarta Turma, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 08/11/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.038.886/RS*, Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 18/09/2018.

³⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.581.505/SC*, Quarta Turma, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 18/08/2016.

³⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.051.270/RS*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 04/08/2011.

No Recurso Especial nº 272739/MG³⁷⁵, mais antigo e relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a conclusão havia sido a mesma. Lá, em faltando o adimplemento apenas da última parcela de um contrato de alienação fiduciária, concluiu-se ser ilegítima a propositura de ação de busca e apreensão pela instituição financeira credora, sobretudo por ter havido, logo antes, a consignação judicial da parcela faltante pelo devedor.

Inobstante a aplicação da teoria realmente se dê em casos dessa natureza, não se pode deixar de observar uma recente tentativa do Superior Tribunal de Justiça de fechar as portas para uma *aplicação deturpada* do adimplemento substancial em ações de busca e apreensão de bens submetidos ao regime da alienação fiduciária, relativas a contratos firmados sob a égide do Decreto-lei nº 911/1969. Nessas hipóteses, a Corte vem se manifestando no sentido de que “a aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais”³⁷⁶. Assim, tendo em vista o regramento todo próprio da alienação fiduciária, especialmente em operações de aquisição de veículos automotores, dever-se-ia afastar a aplicação da teoria do adimplemento substancial para privilegiar a segurança jurídica em relações dessa natureza³⁷⁷.

O que se observa dessa breve exposição é que o Superior Tribunal de Justiça, muito embora reconheça a vigência da teoria do adimplemento substancial e inclusive adote o esforço de explicitar os seus contornos, recentemente restringiu as hipóteses de seu cabimento, colocando em prevalência, em relação à boa-fé, as características próprias e marcantes de negócios específicos como os de alienação fiduciária, em que a resolução do contrato ou a propositura de ações de busca e apreensão do bem alienado são ferramentas indispensáveis para assegurar e garantir o direito do credor. Apesar disso, é inegável a importância do instituto na solução de litígios concretos, justamente como se dá com as demais figuras até aqui analisadas.

³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 272.739/MG*, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 01/03/2001.

³⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.622.555/MG*, Segunda Seção, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 22/02/2017.

³⁷⁷ Assim também se decidiu neste caso: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.711.391/PR*, Quarta Turma, rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região), j. em 24/04/2018.

3. A FUNÇÃO CORRETORA DA BOA-FÉ EM CONTRATOS EMPRESARIAIS COM DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Tal como havia sido adiantado, os itens anteriores se prestaram a demonstrar a forma com que a boa-fé objetiva, em sua função corretora, se manifesta concretamente, por meio das figuras parcelares analisadas pontualmente. Essa avaliação foi feita de forma mais abrangente, colhendo lições e jurisprudência relativas ao tema em geral e, quando possível, de forma mais específica no âmbito dos contratos.

O propósito deste item, seguindo a lógica estabelecida, é o da distinção: quer-se avaliar aqui se a boa-fé objetiva, sua função corretora e as figuras dela decorrentes são aplicadas de forma idêntica nos contratos interempresariais com e sem o *plus* da dependência econômica. Noutras palavras, pretende-se averiguar se o fato de haver uma relação assimétrica marcada pela dependência econômica altera a maneira com que a função corretora da boa-fé objetiva opera, ponderando o peso que a tais circunstâncias é atribuído pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo do STJ. E, para isso, algumas considerações iniciais são essenciais.

Um dos papéis da boa-fé, de acordo com Ejan Mackaay, é a de impor a um sujeito o dever de “*not taking advantage of a contract or business partner in situations that might lend themselves to it*”³⁷⁸, criando um cenário de “*antiopportunism*”. Tal entendimento vem na linha do que se expôs relativamente à aplicabilidade do instituto no âmbito dos contratos interempresariais, a partir do que se concluiu que, apesar de alguma diferença importante de *grau*, a incidência propriamente dita da boa-fé em relações dessa natureza não poderia ser afastada.

Como pontua Gerson Branco, o *grande problema* emergente do Código Civil de 2002, em matéria contratual, está precisamente na necessidade de “identificação de parâmetros mínimos e comuns a respeito da aplicação das cláusulas gerais, e sobre como controlar as decisões judiciais que fazem a aplicação de tais cláusulas”³⁷⁹. Aplicar a boa-fé pressupõe identificar critérios e estabelecer balizas sempre que possível, seja para alargá-la, seja para restringi-la e assim evitar um ativismo exacerbado de juízes e árbitros, e isso é algo que inegavelmente ganhou importância ímpar com o advento do novo Código Civil.

Imagine-se a hipótese em que há uma relação de demonstrada e comprovada dependência econômica, por exemplo, entre um fornecedor e um distribuidor de produtos

³⁷⁸ MACKAAY, Ejan. *Good faith in Civil Law systems: a legal-economic analysis*. Montreal: Cirano, 2011.

³⁷⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos *in Modelos de Direito Privado* (org. Judith Martins-Costa). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 258.

quaisquer. Tal relação está materializada em um instrumento contratual que prevê, dentre diversas disposições, a concessão de um bônus pelo fornecedor ao distribuidor em todos os anos em que atingidas metas de vendas pré-estabelecidas.

A relação se desenrola durante décadas, sendo que, em muitos anos, as metas fixadas pelo fornecedor são efetivamente atingidas pelo distribuidor. Apesar disso, jamais ocorre o pagamento dos referidos bônus.

Extinta a relação comercial por qualquer motivo, o distribuidor afora uma demanda em face do fornecedor para cobrança de diversas verbas e indenizações, como costuma ocorrer em contratos da estirpe, dentre elas justamente o pagamento dos bônus anuais nunca pagos. O fornecedor, então, é citado e tem a oportunidade de apresentar sua defesa.

Considerando esse cenário, é muito provável que os argumentos defensivos do fornecedor, ao menos no que diz respeito à questão dos bônus, vão na linha de que, nada obstante o pagamento jamais tenha sido feito, o distribuidor nunca se insurgiu quanto ao ponto. Daí decorreria, pela aplicação da boa-fé objetiva, em sua função corretora, a incidência da *suppressio*, materializada nas circunstâncias de que (I) o instrumento contratual efetivamente previa o pagamento dos bônus; (II) é incontroverso que as metas de vendas foram atingidas em certos anos da contratualidade; e (III) apesar disso, nunca houve cobrança dessa verba pelo distribuidor. Buscaria o fornecedor, então, a aplicação do artigo 422 do Código Civil de 2002 para que, com isso, fosse afastado o dever de pagamento da referidas verba.

Em sua réplica, o distribuidor então afirmaria o que era de se esperar: que jamais cobrou o bônus por receio de que tal medida pudesse criar um desentendimento com o fornecedor, levando à extinção de um contrato que, independentemente da questão do bônus, era extremamente vantajoso do ponto de vista financeiro. Pede, assim, seja tomada em consideração sua condição de *fraco* da relação e *economicamente dependente* da contraparte, a fim de afastar a possibilidade de incidência da *suppressio*.

Colocam-se em choque, nessa hipótese, duas possíveis decisões a serem tomadas pelo julgador: ou se entende que a dependência econômica realmente impedia que o distribuidor houvesse se insurgido quanto à falta de pagamento dos bônus, afastando-se a *suppressio* e condenando-se o fornecedor ao pagamento dessas verbas; ou, alternativamente, se compreende que a dependência econômica não é fator suficiente para legitimar a quebra de confiança consistente no contraditório comportamento do distribuidor, que, muito embora tenha se mantido passivo durante anos a fio quanto à falta de pagamento dos bônus, resolve exigi-los tão logo finda a longa relação contratual. Tais situações merecem ser analisadas separadamente.

3.1 A CULPA DA VÍTIMA E O ÔNUS DA PARTE *FRACA*

A análise da situação concreta recém referida – que não é rara – demonstra a pertinência que se julga possuir o objeto desta dissertação. É que casos assim colocam em confronto ideias como *pacta sunt servanda*, autonomia privada e boa-fé, tornando indiscutivelmente complexa a solução da contenda pelo juiz ou árbitro.

A verdade é que ambas as linhas recém expostas são claramente defensáveis. Não por acaso Thiago Rodovalho já sugeriu, em parecer, a necessidade de afastamento da boa-fé objetiva (do *venire contra factum proprium*, no caso específico, relativo à anterior assinatura de um instrumento com cláusula compromissória de arbitragem) justamente porque “a relação de dependência econômica no caso concreto” faria com que “a convenção de arbitragem (sequer assinada) se traduza em verdade numa imposição, não numa opção”³⁸⁰. Também nessa linha, já pontuou o Superior Tribunal de Justiça que, em contratos de distribuição, sobretudo quando caracterizado o dever de exclusividade pelo distribuidor, economicamente mais *forte*, “a liberdade contratual deve ser vista de forma mitigada”, pois, como a atividade econômica do distribuidor estaria voltada apenas à consecução daquele contrato específico, “Se esta [a liberdade] existiu em sua plenitude, foi somente no início, quando do implemento do negócio, há mais de vinte anos, vindo gradativamente perdendo forças”³⁸¹.

Novamente de acordo com Ejan Mackaay, agora em trabalho conjunto com Violette Leblanc, uma das expressões fáticas da assimetria contratual apontada nos itens anteriores seria aquela em que a parte mais *fraca* não pode “*at affordable cost considering what is at stake, enforce his rights, whereas the other, being a repeat player who is a party to numerous similar contracts, can spread the cost (of creating a reputation for toughness) over all of these*”³⁸². A questão central, nesse sentido, estaria na assimetria contratual e na apontada diferença de *poderes* entre as partes envolvidas em contrato assimétrico, haja vista a inafastável sujeição da parte mais *fraca* à parte mais *forte* na execução desses contratos.

Como pontua Judith Martins-Costa e conforme analisado mais detalhadamente nos itens anteriores deste trabalho, há distinções importantes entre os contratos *entre iguais* e aqueles

³⁸⁰ RODOVALHO, Thiago. Parecer: cláusula arbitral abstrata. Impossibilidade. Nulidade de cláusula arbitral. Demais cláusulas arbitrais insertas de forma abusiva em contrato de adesão. Nulidade. *Revista de Processo*, vol. 274/2017, pp. 579-599, dez/2017.

³⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.112.796/PR*, Quarta Turma, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Amapá), j. em 10/08/2010.

³⁸² MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. *The law and economics of good faith in the civil law of contract*. Disponível em https://researchgate.net/publication/27554117_The_law_and_economics_of_good_faith_in_the_civil_law_of_contract

assimétricos do ponto de vista jurídico (em que há presunções legais de assimetria e vulnerabilidade) ou fático (em que a assimetria decorre de dados concretos dos contratantes). Isso porque, nesses primeiros, “é mais extenso o campo de exercício da autonomia privada e menos extenso o poder corretivo externo”, de modo que “a boa-fé age, primacialmente, como norma de cooperação, lealdade e probidade”, enquanto, nos assimétricos, sendo menos extensa a possibilidade de exercício da autonomia privada para um dos contratantes, é mais forte o poder corretivo externo ou heterônomo”³⁸³. Haveria uma predisposição do sistema, pois, de proteger a parte mais *fraca* mediante aplicação da boa-fé em sua função corretora – e não o contrário, como aqui se cogita.

Ainda segundo a autora, dentre os mecanismos consagrados para proteção e tutela de interesses “que a autorregulamentação deixaria indefesos” estão primordialmente as fontes legal e jurisdicional, cujo papel é de “assegurar o equilíbrio minimamente necessário para que a relação entre as partes seja configurada como efetiva relação contratual e não como relação de impositividade unilateralmente determinada”³⁸⁴. Por isso, pontua Joaquim de Sousa Ribeiro que “a autodeterminação só subsiste quando ao sujeito é garantida a possibilidade de realizar ‘fins importante sob sacrifícios exigíveis’”³⁸⁵.

A busca pela correta aplicação da boa-fé no âmbito dos contratos interempresariais esbarra na dicotomia que Ricardo Lupion estabelece – ainda que mais especificamente quanto à interpretação desses ajustes – entre *idolatria* e *fobia*. É que ora se empresta a tais contratos uma verdadeira *fobia*, buscando-se de toda forma equacionar possíveis diferenças de poder entre as empresas, chegando-se inclusive ao que denomina o autor de “consumerização dos contratos empresariais”; ora, ao contrário, se vislumbra total *idolatria*, prestigiando-se excessivamente 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*”³⁸⁶.

É claro que a solução de um problema como o colocado acima, entre distribuidor e fornecedor, exige uma ponderação muito cuidadosa de todas essas circunstâncias, que deve ser afastada dos extremos da *fobia* e da *idolatria*. Afinal, qualquer decisão que se tome frente ao

³⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 574.

³⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 574.

³⁸⁵ SOUSA, Joaquim Ribeiro de. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 45

³⁸⁶ LUPION GARCIA, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, set/2014.

conflito deixará em segundo plano um aspecto importante: ou privilegiar-se-á a boa-fé, impedindo a cobrança dos bônus, ou colocar-se-á em preponderância a situação de assimetria e dependência econômica, permitindo a cobrança com base nessa circunstância.

Considerando tudo que foi dito até aqui – sem prejuízo de entendimento em sentido diverso, claro – parece que a solução mais adequada, ao menos em uma primeira gama de casos, realmente seja a de privilegiar a boa-fé, obstando a conduta contraditória e a quebra de confiança representada pela omissão contumaz do distribuidor e pela posterior tentativa de cobrança dos bônus. E as razões para assim concluir são algumas.

A questão é que o empresário, mesmo o mais *fraco*, não deixa de sê-lo e não abandona esse *status*, como bem pontuado por Guido Alpa em trecho já referido. Sendo assim, ao mesmo tempo em que o distribuidor – no exemplo do capítulo – deve ser suficientemente profissional a ponto de bem negociar o contrato e redigir o instrumento, precisa estar ciente de que uma possível omissão sua quanto à exigência de que a contraparte exerça certa atividade ou cumpra certo dever contratual (*e.g.*, o pagamento do bônus) poderá trazer consequências jurídicas quanto a uma futura pretensão de buscá-los judicialmente.

As relações interempresariais, inclusive na hipótese de um contrato relacional, não são sempre harmoniosas e tranquilas – isso sim seria *romantizá-las*. Ao contrário, toda interação entre empresas é marcada por tensões, maiores ou menores, que se revelam e manifestam no cotidiano da execução. Talvez não seja esse propriamente o sentido que Clóvis do Couto e Silva buscava demonstrar ao cunhar a célebre máxima da *obrigação como processo*, mas, especialmente em se tratando de contratos relacionais e duradouros, a lição vem bem a calhar.

Se a expressão *obrigação como processo* quer ressaltar o aspecto “dinâmico” da obrigação e chamar atenção para as “várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional”³⁸⁷, ela serve bem para mostrar essa circunstância. Em uma relação contratual duradoura e em que ambas as partes buscam lucros, *contrato* é justamente “o conjunto dos direitos e obrigações que, com o contrato, as partes reciprocamente assumiram”³⁸⁸, sendo absolutamente natural que divirjam até de forma contundente no que diz respeito a certos desses direitos e obrigações, não se podendo aceitar que o simples *medo* da parte mais *fraca* a faça manter-se inerte frente a toda e qualquer conduta da parte mais *forte*.

Como pontuam Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino, “a concorrência por posições prevalentes e um certo grau de disputa em prol de interesses contrapostos é inerente a qualquer

³⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

³⁸⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 126.

negócio jurídico”³⁸⁹, e isso não pode servir de justificativa para cancelar omissões contumazes de quem entendia ter direito a uma certa prestação. A boa-fé “não tem ontologicamente este caráter protetivo”³⁹⁰ que a ela se poderia pretender emprestar, pois pretende proteger, antes das partes em si e de seus interesses particulares, os efeitos da confiança que uma gerou sobre a outra, em uma visão mais social do que individual do fenômeno contratual.

Partindo dessa premissa, quer-se dizer que a situação de dependência econômica, mesmo quando caracterizada, não pode ser supervalorizada a ponto de permitir que a parte mais *fraca* obre como bem entender durante o período de execução do contrato, inclusive mantendo-se silente frente àquilo que considera justo ou que o próprio contrato estipula. Em uma relação interempresarial, é dever de cada contratante tomar conta de seus próprios direitos e deveres, inclusive confrontando razoavelmente a parte adversa quando esta descumprir algo que lhe cabe.

Foi isso, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de afirmar, curiosamente em caso que trata justamente de contrato de distribuição, no sentido de que “pretensão do distribuidor, após a extinção do contrato, de reaver parte dos valores expendidos pela aquisição dos produtos (...) consubstancia comportamento contrário ao proceder contratual adotado por este”, de modo que na situação concreta, em que a relação vigera por vinte anos, revelava-se “verdadeiro *venire contra factum proprium*, vertente do princípio da boa-fé objetiva, norteador da relação contratual como um todo (antes, durante e após a sua execução)”³⁹¹. Nesse mesmo caso, aliás, é interessante ver a referência expressa ao fato de que, em se tratando de contrato interempresarial, deve-se “afastar a ideia de hipossuficiência do distribuidor (concessionário), ou mesmo de dependência jurídica deste em relação ao fabricante (concedente)”, pois o que existe é tão somente “legítimo poder de controle exercido pela fornecedora quanto à atividade desempenhada pelo distribuidor”, e, “[t]ampouco a existência de dependência econômica, inegavelmente ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das inter-relações empresariais, encerra desequilíbrio contratual”.

Antes disso, igualmente em relação de distribuição, a Corte posicionara-se no sentido de que uma quitação concedida pelo distribuidor não poderia ser posteriormente afastada para cobrarem-se verbas quaisquer em juízo, já que tal conduta “atenta contra o princípio da boa-fé

³⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, pp. 139-151, 2003.

³⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, pp. 139-151, 2003.

³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.403.272/RS*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 10/03/2015.

objetiva, notadamente em sua vertente do *venire contra factum proprium*”³⁹². É verdade que o acórdão não menciona essa circunstância expressamente, mas, em se tratando de litígio relativo a contrato de distribuição, é possível inferir que a Corte não viu, na situação de sujeição do distribuidor frente ao fornecedor, óbice à aplicação da boa-fé objetiva em sua função corretora.

De forma semelhante decidiu a Corte no Recurso Especial n. 1.323.404/GO, que tratava de demanda proposta por representante comercial em face da representada por conta da extinção do contrato entre as partes e na qual se veiculava, especificamente, pedido de indenização pela retirada do direito de exclusividade durante essa relação. Na ocasião, entendeu-se, muito embora haja inequívocas assimetria e dependência econômica em ajustes da estirpe, que isso não obstaría a aplicação da *suppressio* em desfavor da representante que, independentemente dessa situação, aceitara passivamente a retirada da exclusividade e a redução de sua área de atuação em dado aditivo contratual, persistindo na relação por anos depois de firmado referido documento³⁹³. E note-se: ao decidir dessa maneira, a Turma referiu expressamente que a representante não havia se insurgido de qualquer forma quanto a essas mudanças na sistemática do contrato – colocando de lado, assim, a situação de dependência econômica igualmente referida no próprio acórdão.

Caso interessante é outro, este julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁹⁴, no bojo do qual se discutia a falta de implemento de reajustes anuais previstos em contrato assinado por grande instituição financeira com empresa de menor porte, prestadora de serviços. No caso, a empresa mais *fraca* afirmava que, independentemente de ter anuído com uma série de alterações do contrato na vigência da relação (inclusive diminuindo o escopo dos serviços e o preço a ser pago), apenas o fez porque os pagamentos feitos pela referida instituição financeira representavam cerca de 50% do faturamento da sociedade, sendo mais vantajoso anuir com referidas modificações do que extinguir a avença. Apesar disso, o Tribunal gaúcho não encontrou empecilho nessa situação de dependência econômica (o acórdão não usa textualmente a expressão, alerte-se) para aplicar a boa-fé e a *suppressio*, pontuando que a autora, por sua consistente omissão quanto à cobrança dos reajustes durante longo período “acabou por concordar com as alterações contratuais, seja com as modificações de valores, seja com a diminuição do serviço prestado, tudo objetivando manter a contratação”. A compreensão,

³⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.297.847/RS*, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 17/10/2013.

³⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1323404/GO*, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27/08/2013.

³⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70054370655*, rel. Des^a. Liége Puricelli Pires, Décima Sétima Câmara Cível, j. em 31/10/2013.

pois, foi a de que a parte mais *fraca*, no caso, fizera uma *escolha*: preferiu aceitar a falta de implemento dos reajustes para manter o recebimento dos demais valores que percebia com a relação.

Em decisão mais recente³⁹⁵, também de representação comercial, o Tribunal de Justiça gaúcho se manifestou em linha semelhante, impedindo que representante cobrasse judicialmente diferenças decorrentes da redução do percentual de comissões, pela representada, em meio à relação mantida. Para tanto, a Câmara julgadora fez menção textual à circunstância de não ter havido qualquer insurgência por parte do representante à época da modificação da sistemática de pagamento, referindo que “a redução de percentual, a título de comissões, perdurou por anos e, no entanto, nenhuma prova há de que a parte tenha apresentado alguma irresignação”.

Litígio muito semelhante foi apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo³⁹⁶, igualmente a partir de relação de representação comercial em que reduzido o percentual de comissões sobre vendas realizadas, pelo representante, a um cliente específico da representada. Ao afastar as pretensões do representante de ver-se indenizado por essa redução, mesmo depois de cinco anos tolerando a modificação, a Câmara julgadora pontuou expressamente que “não há nos autos nenhuma mensagem eletrônica em que conste o descontentamento da requerente, no que tange à diminuição do percentual de comissão”, sugerindo que essa omissão impedia a procedência da demanda.

Como leciona Paula Forgioni, no âmbito dos contratos interempresariais a boa-fé “indica a retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados”³⁹⁷. Os *modelos ali esperados* são justamente aqueles que ensejam a confiança objetiva suscetível de proteção pela função corretora da boa-fé e se consubstanciam, em grande parte, na impossibilidade de adoção de condutas contraditórias como aquelas vedadas pelas figuras logo antes analisadas e que, no exemplo do início do capítulo, seriam desobedecidas caso se aceitasse a posterior cobrança dos bônus pelo distribuidor.

Evidentemente, situações como a de dependência econômica recomendam que a parte mais *fraca* não adote medidas *extremas*, como, por exemplo, propor demandas judiciais ou enviar notificações formais em meio à relação para buscar uma ou outra verba, como os

³⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70076956960*, Décima Sexta Câmara Cível, rel. Des. Érgio Roque Menine, j. em 26/04/2018.

³⁹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1067536-15.2017.8.26.0002*, Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado, rel. Des. Sérgio Rui, j. em 11/12/2018.

³⁹⁷ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 123.

referidos bônus. Todavia, isso não autoriza que a contratante se mantenha absolutamente inerte e passiva frente a eventuais violações de seus direitos, deixando de manifestar qualquer irresignação quanto a isso, uma vez que “ao dever de atuar com boa-fé corresponde o direito de outrem de ver realizada sua expectativa, ou seja, de não ser frustrada a confiança que depositou, de boa-fé, no cocontratante ou em terceiro”³⁹⁸. É que agir dessa forma representa não apenas uma omissão em relação ao dever mínimo de qualquer sujeito, que é o de buscar a vigência de seus próprios direitos pelos meios possíveis, mas também uma violação àquilo que é mais caro à boa-fé: a confiança na *estabilidade da situação*³⁹⁹.

Estabilidade e previsibilidade, na lição de Humberto Ávila⁴⁰⁰, são aspectos indissociáveis da ideia de segurança jurídica, tão importante para empresários e para o mercado como um todo, até porque “a previsibilidade do comportamento dos agentes aumenta o grau de segurança e reduz a preocupação [i.e., os gastos a serem incorridos] durante a celebração ou mesmo a execução do negócio”⁴⁰¹. Não é por acaso, nessa toada, que o artigo 1.8 dos Princípios Unidroit refere que “uma parte não pode agir contrariamente às expectativas suscitadas na outra, quando esta confiou razoavelmente naquelas expectativas e agiu em prejuízo de si própria”⁴⁰².

A solução para o problema, destarte, parece estar naquilo que Ricardo Lorenzetti denomina de *culpa de la víctima*, ainda que tratando mais especificamente da coação como defeito do negócio jurídico. O trecho a respeito foi reproduzido acima, mas, pela relevância para a solução da questão, merece ser repetido:

Culpa de la víctima: la víctima debe demostrar cierta resistencia a la exigencia. No puede someterse a cualquier exigencia y luego reclamar ‘coerción’. Debe haber algún elemento de racionalidad en la respuesta de la víctima. Por ejemplo, si una víctima no hace uso de alguna alternativa razonable a su

³⁹⁸ WALD, Arnoldo. O princípio da boa-fé no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol. 29, jan-fev/2017.

³⁹⁹ Ainda que com enfoque mais específico nas interações entre os particulares e o Poder Público, Ingo Sarlet correlaciona a ideia de estabilidade que é própria do conceito de segurança jurídica com o princípio da proteção da confiança, anteriormente analisado: “o princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro *in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 57, out-dez/2006).

⁴⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, *passim*.

⁴⁰¹ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 131.

⁴⁰² Disponível em <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf> [acesso em 19/11/2018]

disposición para evitar la amenaza, esto puede usarse en su contra, con lo cual el argumento de coerción económica no podría ser usado.⁴⁰³

Diz-se ser essa a solução porque, dando-se vigência à lição do autor argentino, entrega-se à parte *fraca* o ônus de demonstrar *certa resistênci*a a eventuais exigências desmedidas ou omissões contumazes imputáveis à parte mais *forte* durante a relação contratual. E o caso é mesmo de um *ônus*: a parte não é *obrigada* a manifestar essa insurgência, até para preservar a boa relação porventura mantida com a parte mais forte; se deixa de fazê-lo, contudo, arca com as consequências de sua omissão e da confiança que, precisamente pelo silêncio, gerou na contraparte.

Note-se que, mais do que boa-fé e segurança jurídica, a proteção à legítima confiança⁴⁰⁴ tem efeitos muito práticos que são igualmente relevantes em toda essa avaliação, ligados às próprias finanças das empresas. É que a cobrança tardia de quaisquer verbas enseja a aplicação dos encargos de mora, sabidamente expressivos em demandas judiciais mais complexas e de larga tramitação, como normalmente são essas entre partes contratantes de longa data. Nesse sentido, o fato de a parte mais *fraca* não ter cobrado tempestivamente aquilo a que entendia fazer jus cria em desfavor da parte mais *forte* um passivo financeiro enorme, que engloba não somente as verbas *principais* (os bônus, no exemplo), mas também todos os encargos de mora incidentes sobre essa cifra.

Quer-se dizer com isso que, de alguma forma, a questão vai na linha do que se convencionou denominar de *duty to mitigate the loss*, uma “expressão própria da boa-fé”⁴⁰⁵ que possui seus contornos expostos pela doutrina. A parte mais *fraca* da relação não está livre de atuar, dentro da razoabilidade, para mitigar o dano que ela própria se vê sofrendo, assim atenuando o dever de indenizar que porventura buscará. É claro que, como pontua a doutrina⁴⁰⁶, esse pode ser considerado um ônus, e não um dever, e nessa hipótese seu descumprimento levaria somente à redução do valor devido pela contraparte (justamente por isso, a melhor

⁴⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. 2. ed. Santa Fe, ARG: Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 365-366.

⁴⁰⁴ Segundo Paula Forgioni, especificamente sobre a aplicação do princípio da confiança em contratos interempresariais, “a disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a legítima expectativa; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 130).

⁴⁰⁵ SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fábio; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação do prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, abr-jun/2016.

⁴⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 554.

solução parece realmente ser o recurso à *suppressio*, e não ao *duty to mitigate the loss*), mas a ideia, no fim das contas, parece assemelhar-se.

Ora, voltando ao exemplo que dá o norte do capítulo, independentemente da previsão contratual relativa ao pagamento dos bônus, o distribuidor tem obrigação de manifestar de alguma forma seu descontentamento com a falta de pagamento da referida verba. Se não o faz, gera na contraparte, o fornecedor, a legítima e objetivamente embasada confiança de que simplesmente não buscará futuramente recebê-la – e a transgressão a essa situação é precisamente aquilo que a boa-fé pretende evitar.

Por isso, parece que a forma mais razoável e adequada de equacionar esse intrincado problema é a seguinte: para privilegiar-se a boa-fé e sua função corretora, a confiança erigida na parte mais *forte* em decorrência de atos e omissões da parte mais *fraca*, devem ter regular aplicação os institutos acima analisados, como *suppressio*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*; eventual insatisfação da parte mais *fraca* quanto a algum ato ou omissão da parte mais *forte*, contudo, não necessariamente deverá ser revestida de formalidades, como consubstanciada no envio de uma notificação ou mesmo na propositura de uma demanda – bastará, neste caso, a comprovação, por qualquer meio, de que a esta manifestou tempestivamente seu descontentamento, fazendo com que, com isso, não se torne legítima eventual confiança colocada pela parte mais *forte* em relação à situação. É a melhor solução que, smj., se pode dar à controvérsia.

3.2 A BOA-FÉ NA HIPÓTESE DE EFETIVO ABUSO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

A exposição feita no item anterior trilhou caminho no sentido de que a problemática desenvolvida nesta dissertação poderia ser solvida por meio da ideia de *culpa da vítima*, vinda das lições do argentino Ricardo Lorenzetti. Assim, naquelas hipóteses em que a parte mais *fraca* da relação tenha se mantido inerte e passiva frente a eventuais imposições ou descumprimentos do contrato pela parte mais *forte*, esse seu silêncio impediria a futura irrisignação contra tal circunstância por incidência da boa-fé objetiva em sua função corretora.

Ocorre que, como se viu na primeira parte deste trabalho, a dependência econômica, muito embora seja absolutamente lícita, regular e até desejada pelo mercado em certos tipos contratuais, por vezes escapa desses limites, passando a fronteira entre o lícito e o ilícito. É que, em certas ocasiões, a situação de dependência econômica é utilizada pela parte mais *forte* para obter ganhos excessivos ou vantagens que rompem o equilíbrio entre as prestações da relação entretida – eis, em uma expressão, o *abuso de dependência econômica*.

Esse abuso de dependência econômica interessa no presente momento porque, como dito, a parte mais *fraca* da relação possui o *ônus* de manifestar-se contra aquilo que, a seu juízo, atinge seus direitos, sob pena de criar a legítima confiança⁴⁰⁷ na contraparte (a parte *forte*) de que não mais o fará. Há hipóteses, contudo, em que a parte *fraca* efetivamente se desincumbe desse ônus, externando sua irrisignação quanto a alguma imposição ou algum descumprimento perpetrados pela parte mais *forte*, mas esta última, sabedora da situação de dependência econômica e da importância daquele ajuste para sua contraparte, opta por simplesmente deixar de atender à insurgência manifestada.

No exemplo dos bônus referido neste capítulo, por exemplo, isso se dá na situação em que o distribuidor, percebendo a falta de pagamento da premiação prevista no contrato, efetivamente manifesta ao fornecedor seu descontentamento, requerendo o pagamento da referida verba. O fornecedor, todavia, mesmo suficientemente alertado sobre a situação, deliberadamente deixa de cumprir aquilo que o instrumento contratual prevê, confiando exatamente na circunstância de que, por conta da importância econômica dessa relação para o distribuidor, este não adotará medidas mais *drásticas* para cobrança da premiação.

⁴⁰⁷ Judith Martins-Costa, tratando do tema da *autonomia privada*, refere que “os particulares se dão normas (autonomia), mas (i) assumem a responsabilidade por seus atos nos limites predispostos pela ordem jurídica (autorresponsabilidade); e (ii) o ‘dar-se as próprias normas’ é conformado pelo direcionamento de condutas (boa-fé) e pela proteção das expectativas legitimamente suscitadas no *alter*, destinatário da declaração negocial, pelo ato de autonomia (proteção à confiança legitimamente gerada pelo ato de autonomia privada)”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 229).

A distinção entre esta situação e aquela exposta no item anterior é muito clara, pois, aqui, o distribuidor adota medidas suficientes a demonstrar, à contraparte, seu descontentamento com a falta de pagamento dos bônus, não se podendo cogitar de *culpa da vítima*. O questionamento que fica, a partir disso, é: considerando essa situação fática, como incide a boa-fé? De que forma o sistema deve agir para reprimir a conduta da parte mais *forte* da relação, que se vale da sujeição econômica da contraparte para agir de modo abusivo?

A resposta a essa pergunta passa, invariavelmente, por diversas das considerações feitas nos itens anteriores, sobretudo no que diz respeito aos contornos do instituto da boa-fé objetiva, em sua função corretora. Isso porque, como visto, nessa nuance a boa-fé atua sempre para preservar a *legítima confiança* depositada por uma parte nas ações ou omissões da outra, que fazem surgir uma expectativa de *estabilidade da situação*.

As figuras parcelares da boa-fé analisadas no capítulo anterior, especialmente no caso do *venire*, da *suppressio* e da *surrectio*, partem sempre do pressuposto de que o sistema jurídico deve proteger a confiança legitimamente posta por um contratante na conduta da contraparte, almejando não apenas a previsibilidade daquela relação em uma perspectiva *interna*, mas também reprimindo as repercussões sociais de aceitarem-se condutas contraditórias de agentes do mercado. Isso se dá, com efeito, sempre a partir da atribuição de um sentido *qualificado* à confiança depositada por uma das partes: não é *qualquer confiança* que deve ser protegida pelo direito e pela boa-fé, mas apenas a *legítima confiança*, fundada objetivamente nos atos desenrolados durante a execução do contrato. Afinal, como pontuou o Tribunal de Justiça de São Paulo ao aplicar a *suppressio* para solver certo litígio, o “mero retardo no exercício da pretensão não é suficiente para a invocação do instituto”, pois “é preciso que, do não exercício se extraísse o legítimo investimento de confiança de que o direito não seria manejado, configurando deslealdade”⁴⁰⁸.

Essa questão é relevante na solução da situação que ora se apresenta porque, em tendo havido, durante a execução do contrato, uma manifestação expressa da parte mais *fraca* quanto à sua insatisfação quanto a algum aspecto da relação mantida com a parte mais *forte*, não se pode cogitar que a esta última tenha depositado uma *legítima confiança na estabilidade da situação*. Noutras palavras: a partir do momento em que a parte mais fraca externa seu descontentamento com a falta de pagamento dos bônus no fim de cada ano, por exemplo, não

⁴⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. Apelação 1071843-77.2015.8.26.0100*, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. J.B. Paula Lima, j. em 22/08/2017.

é razoável ou legítimo, objetivamente, que a parte mais *forte* confie que tal quantia jamais será cobrada – seja nos anos vindouros da relação, seja no momento da extinção do liame.

Tomando-se em conta essa percepção, parece ficar claro que, estando presentes os contornos fáticos aqui especificados, sobretudo a circunstância de ter a parte mais *fraca* se desincumbido do ônus de manifestar irresignação por qualquer forma que seja (não há que se exigir uma notificação formal ou mesmo a propositura de uma demanda, repita-se), a função corretora da boa-fé *não deve incidir* de modo a impedir a posterior adoção de medidas judiciais ou arbitrais pela parte mais *fraca*, inclusive para cobrar verbas suprimidas durante anos a fio – respeitados, claro, os prazos prescricionais⁴⁰⁹.

A análise da jurisprudência dos Tribunais pátrios evidencia que diversos casos concretos são solvidos a partir dessa percepção, mas, na maioria das vezes, para efetivamente aplicar a boa-fé, especialmente a *suppressio*, quando não há insurgência da parte com relação a uma dada circunstância. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou pretensão de inclusão de reajustes anuais sobre parcelas devidas pela contraparte no bojo de contrato de prestação de serviços porque a primeira “ao longo de anos, não reclamou o reajuste anual, dando azo ao instituto da *supressio*”⁴¹⁰.

O ponto foi apreciado de forma mais expressamente, aí sim, para afastar a *suppressio* por conta da irresignação tempestivamente deduzida, nos autos de um apelo julgado, em 2013, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴¹¹. No caso, discutia-se sobre a incidência de encargos moratórios sobre parcelas inadimplidas no bojo de um contrato de transporte, sendo aventada a tese de *suppressio* pela parte mais *forte* (uma grande empresa do setor aviário). O entendimento da Corte local, entretanto, foi no sentido de que não se deveria aplicar a boa-fé na referida nuance, pois a instrução probatória demonstrara que a transportadora, durante a contratualidade, “buscou o recebimento dos valores decorrentes do inadimplemento da ré/embarcante, sem lograr êxito, não havendo, portanto, conformismo”. Ou seja, a demonstração de inconformismo pela parte mais *fraca* da relação fazia com que ela houvesse se desincumbido daquele ônus

⁴⁰⁹ Muito embora não se pretenda entrar no mérito dessa discussão nesta dissertação, a questão relativa à prescrição em relações dessa natureza enseja reflexões. Isso porque poder-se-ia cogitar de aplicação de ideias como a *actio nata* e a *exercibilidade da pretensão* para entender-se que, enquanto as partes estivessem ligadas pelo contrato, não seria exigível que a parte mais *fraca* adotasse medidas judiciais para buscar, por exemplo, o pagamento de valores devidos pela parte mais *forte*, sob pena de ver arriscada a própria continuidade da avença. A vingar esse posicionamento, que, smj., não encontra maior ressonância sequer na doutrina brasileira, o próprio início da contagem do prazo prescricional poderia restar sobrestado até a extinção do ajuste.

⁴¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1021314-83.2017.8.26.0003*, Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado, rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, j. em 03/12/2018.

⁴¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70051418325*, Décima Sexta Câmara Cível, rel. Des^a. Catarina Rita Krieger Martins, j. em 26/09/2013.

referido por Ricardo Lorenzetti, de modo que eventual confiança depositada pela parte mais *forte* quanto à falta de cobrança de encargos moratórios não seria legítima e objetivamente defensável, como exige a *suppressio*.

Na situação analisada no presente subcapítulo, portanto, parece claro que a boa-fé age de forma diferente. Aqui, desde que não haja *culpa da vítima* – isto é, desde que a parte *fraca* tenha se desincumbido do ônus de externar sua irresignação – não se aplica em seu desfavor a vedação ao comportamento contraditório que é marca da função corretora da boa-fé objetiva, pois, embora a análise isolada dos atos possa parecer contraditória, sua atuação tempestiva impediu que se criasse, na parte mais *forte*, uma legítima confiança na *estabilidade da situação*.

Isso não significa, porém, que nessas hipóteses a boa-fé simplesmente não atue. Bem ao contrário, nesses casos o instituto incide de modo a impedir o abuso de direito perpetrado pela parte mais *forte*, que coloca em preponderância a sua superioridade econômica (e a dependência econômica da contraparte), para deixar de entregar à parte mais *fraca* aquilo a que tem direito ou para impor obrigações excessivamente desvantajosas ou criadoras de desequilíbrio entre as prestações. Tem-se, enfim, a transformação da dependência econômica, inicialmente lícita, em uma conduta abusiva, nos termos do que refere o artigo 187 do Código Civil de 2002.

Nos casos de abuso de dependência econômica, portanto, a boa-fé definitivamente atua, mas não por meio das figuras parcelares acima analisadas (ao contrário, essas são afastadas por conta das circunstâncias concretas, que permitem, pela abusividade perpetrada na execução do contrato, que haja uma certa contradição nas ações da parte mais *fraca*). Age, isso sim, por meio do recurso ao abuso de direito, sendo um dos três “limites” colocados na legislação brasileira, até porque, como pontua Bruno Miragem, “o artigo 187 do Código Civil estabelece (...) que o exercício dos direitos subjetivos deve pautar-se pela adequação ao seu fim econômico ou social, à boa-fé e aos bons costumes”⁴¹².

É que, como bem refere Paula Forgioni, em obra sobre contratos de distribuição, o “abuso de direito previsto no artigo 187 do CC pode concretizar-se mediante o abuso de dependência econômica, desde que o exercício das prerrogativas contratuais seja contrário ao seu ‘fim econômico’ ou à ‘boa-fé’”⁴¹³. Ou seja, a dependência econômica, inicialmente lícita, como tantas vezes referido até aqui, nessas hipóteses descamba para a ilicitude, pois exercida, pela parte mais *forte*, desbordando os limites estipulados tanto pelo fim econômico dessa

⁴¹² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143.

⁴¹³ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 273.

dependência (o aumento da “eficiência jurídica global”⁴¹⁴ que é marca de diversas espécies de contrato tratadas nesta dissertação, como distribuição, representação comercial ou franquia) quanto pela boa-fé (que impede, como não poderia deixar de ser, que uma parte simplesmente ignorasse as demandas da outra confiando na indispensabilidade desse ajuste para suas finanças).

Não se pode negar que, na hipótese tratada neste subcapítulo, poder-se-ia falar que a falta de atendimento da parte *forte* a uma reclamação da parte *fraca*, fundada no instrumento contratual, poderia representar puro e simples descumprimento contratual, afastando da solução institutos como a boa-fé ou o abuso de direito. Não se pode perder de vista, todavia, que, em certos casos, tem-se um efetivo descumprimento contratual, mas *qualificado* e justificado especificamente na dependência econômica e no seu abuso. A parte *forte* descumpre o contrato de forma deliberada e consciente, confiante de que a parte *fraca* não poderia compeli-la a agir de maneira diversa sem comprometer a sua própria sobrevivência no mercado.

Não bastasse, é importante perceber que há diversas hipóteses concretas em que as exigências da parte mais *forte* durante a relação extrapolam aquilo que o instrumento contratual prevê, como, por exemplo, situações em que o fornecedor impõe ao distribuidor de seus produtos a realização de promoções em favor dos clientes de certa localidade sem o correspondente lastro contratual. Nesses casos, uma eventual demanda proposta pelo distribuidor após a extinção da avença provavelmente também veicularia pedido de ver-se indenizado pelo que se deixou de auferir nessas ações promocionais, sendo possível presumir que a defesa do fornecedor vá na linha de que seria contraditório anuir com essa situação durante a relação para, após, buscar indenização em juízo.

Aqui se teria, portanto, uma situação em que o abuso de dependência econômica se manifesta independentemente das previsões contratuais, não se confundindo, definitivamente, com o descumprimento contratual. Da mesma forma, porém, a solução poderia ser retirada dos traços delineados até aqui: em tendo havido manifestação expressa e tempestiva da parte mais *fraca* quanto ao seu descontentamento, seria possível a cobrança das verbas correspondentes posteriormente, sem que se cogite de violação à boa-fé ou ao *venire contra factum proprium*, por exemplo.

Tudo isso decorre, no fim das contas, da percepção de que, em contratos como esses analisados nesta dissertação, a boa-fé deve atuar de forma muito intensa, sobretudo quando caracterizadas a assimetria entre as partes e a dependência econômica. Tratando-se

⁴¹⁴ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 273.

frequentemente, como visto, de contratos caracterizados como duradouros e relacionais, a boa-fé, ao lado da autonomia privada, “direciona comportamentos no tráfico contratual e, assim, produz deveres de cooperação e lealdade (Código Civil, art. 422) e fixa os parâmetros do exercício jurídico lícito (Código Civil, art. 187)”⁴¹⁵.

Os deveres de cooperação e lealdade, como já analisado, são muito relevantes em ajustes comerciais dessa natureza, em que se estabelece uma relação intensa entre as partes com objetivos e interesses equivalentes. Por isso, a conduta da parte mais *forte* de se valer de sua posição contratual privilegiada para obter vantagem excessiva ou indevida, mais do que contrariar a boa-fé e constituir abuso de direito (*i.e.*, do legítimo direito de ser a parte mais *forte* da relação), viola a própria relação de intensa cooperação e lealdade que deveria ter para com o *alter*. Em razão disso, pois, é indispensável que o Direito aja de forma a reprimir essa conduta abusiva e oportunista da parte mais *forte*, impedindo que a lícita e legítima assimetria se transforme em mecanismo de pressão e imposição em detrimento do mais *fraco* – ou, nas palavras de Paula Forgioni, “impedir que o agente em situação de superioridade em relação à contraparte use seu poder indevidamente”⁴¹⁶.

Foi o que fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar Recurso de Apelação oriundo de litígio entre fornecedor e distribuidor de produtos derivados de petróleo (óleos lubrificantes)⁴¹⁷. Na hipótese, discutia-se a nulidade de um Termo Aditivo imposto pela fornecedora ao distribuidor para, especificamente, reduzir de doze para dois meses o prazo de aviso prévio na hipótese de denúncia por parte da primeira, uma vez que, poucos meses depois de firmado referido documento, a fornecedora se valera da previsão do Aditivo para denunciar a relação, concedendo à contraparte aviso prévio de apenas dois meses. A solução encontrada pela Câmara, então, foi a de reconhecer a nulidade do Aditivo justamente por conta da omissão relativa à intenção de que já dispunha a fornecedora (segundo a prova testemunhal) de extinguir a relação com o distribuidor – intenção omitida, claro, quando da imposição do Aditivo.

Ao decidir dessa forma, o órgão julgador não entrou nas minúcias relativas à assimetria entre as partes (natural em contratos de distribuição, como visto) e tampouco referiu existir dependência econômica do distribuidor frente à fornecedora (o que, conforme exposto em diversas oportunidades até aqui, não pode ser presumido e depende de demonstração casuística concreta). De qualquer forma, o aresto é interessante para o objeto deste estudo porque, com

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação* – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 370.

⁴¹⁶ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

⁴¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70049737752*, Nona Câmara Cível, rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. em 15/05/2013.

base na colocação de que a imposição do Aditivo sem referência à já existente intenção de extinguir a relação contratual por parte da fornecedora “caracteriza evidente quebra do princípio da boa-fé objetiva nos contratos, o qual se encontra disposto no artigo 422 do Código Civil”, o Tribunal gaúcho chancelou uma conduta claramente contraditória de parte do distribuidor, que primeiro anuiu com o Aditivo e com a redução do prazo de aviso prévio que dele decorria para após, vindo a juízo, reclamar indenização por essa diminuição.

O mesmo Tribunal estadual tratara do assunto noutro caso, apreciando contenda entre fornecedor e distribuidor de produtos alimentícios⁴¹⁸. Lá, discutia-se a responsabilidade do fornecedor pela ruína financeira do distribuidor após o engrandecimento das vendas diretas feitas pelo primeiro a grandes clientes da região de atuação do segundo, assim reduzindo sensivelmente o seu faturamento (que, segundo colocado no acórdão, era 80% vinculado ao contrato em questão). A decisão então tomada pela Câmara foi de que a diminuição do escopo de atuação do distribuidor naquela área, conseqüente do aumento das vendas diretas feitas pelo fornecedor, efetivamente causara as dificuldades financeiras daquele, sendo manifesto o dever de indenizar. E tenha-se bem presente: neste aresto, houve expressa referência ao fato de que o distribuidor, durante a relação, havia manifestado sua insurgência quanto à política de preços praticada pelo fornecedor aos clientes que atendia diretamente na região – sobretudo supermercados – evidenciando não ter havido inércia de sua parte quando da ocorrência de fatos que, a seu juízo, contrariavam a relação contratual mantida.

Situação semelhante havia sido apreciada pelo TJRS no ano anterior, novamente partindo de contrato de distribuição de alimentos⁴¹⁹. Nesse caso, tratava-se novamente de alegação de violação à área de exclusividade do distribuidor, argumentando este que, por conta dessa conduta (que não se dava por vendas diretas, mas pela admissão de outros distribuidores na mesma região geográfica), seu faturamento reduzira bruscamente, causando danos a serem indenizados pela via judicial. A Câmara julgadora acabou dando guarida à tese do distribuidor, mantendo a condenação do fornecedor ao pagamento da reparação correspondente (o recurso deste foi provido, na verdade, apenas para modificar a forma de apuração do *quantum debeat*), o que fez com referência textual à prova testemunhal que demonstrara que o distribuidor havia tempestivamente se insurgido quanto à questão, inclusive requerendo a realização de reuniões para tratar do tema.

⁴¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70033030305*, Nona Câmara Cível, rel. Desa. Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 28/04/2010.

⁴¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70027251404*, Nona Câmara Cível, rel. Des. Odone Sanguiné, j. em 29/04/2009.

A conclusão de tudo isso é que a boa-fé, em sua função corretora, deve ser aplicada com parcimônia e com muita atenção às circunstâncias concretas de cada caso para que não sirva, ao contrário do que deveria, como mecanismo de chancela à conduta abusiva e dotada de má-fé da parte mais *forte*. Institutos como *suppressio*, *surrectio* e *venire contra factum proprium* foram desenvolvidos para conferir maior lealdade às interações comerciais e para proteger as legítimas confianças despertadas por uma parte, no *alter*, a partir de sua conduta. Não se pode, assim, permitir que a aplicação ofuscada dessas figuras se preste a chancelar exatamente a conduta maliciosa adotada pela parte que, sabedora da importância daquele ajuste contratual para a outra, se valha dessa circunstância para agir como bem entende.

A avaliação de eventuais abusos perpetrados pelas partes de um contrato é matéria complexa e que não comporta fórmulas estabelecidas de antemão, devendo se dar caso a caso e sem uma postura “maniqueísta”⁴²⁰. De um lado, não se pode conceder proteção demasiada à parte mais *fraca*, pois assim os agentes econômicos poderiam descartar a possibilidade de valer-se de certos tipos contratuais para reduzir custos e aprimorar suas atividades econômicas; de outro, tampouco se pode deixar de tutelar e proteger, em alguma medida, os interesses da parte mais *fraca*, pois assim seriam igualmente desestimuladas contratações da estirpe e permitir-se-ia, indevidamente, a exploração ilegítima da situação de dependência econômica pelo mais *forte*.

Está no equilíbrio entre todas essas circunstâncias a forma mais correta de entenderem-se relações contratuais dessa estirpe e solucionarem-se eventuais litígios que delas decorram, e isso é indispensável tanto para o juízo estatal quanto para o juízo arbitral, quando chamados a tanto. E tudo, sempre, afastando-se daquele dualismo apontado pela doutrina: sem fobia, sem idolatria; apreciando-se a conduta das partes durante a execução do contrato e privilegiando, sempre, a estabilidade, a previsibilidade e a confiança no *alter* que devem ser traços marcantes das interações comerciais do mercado, independentemente do *tamanho* dos sujeitos envolvidos.

⁴²⁰ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 273.

CONCLUSÃO

Como mencionado em algumas oportunidades no curso deste trabalho, sua intenção sempre foi a de desconstruir algumas constatações feitas geralmente sobre as relações interempresariais, marcadas, como bem pontuado por Ricardo Lupion em trecho algumas vezes reproduzido, por uma polarização entre *fobia e idolatria*. Afinal, de fato, o melhor tratamento para o tema parece ser aquele que se afasta dos extremos da intervenção heterônoma excessiva e de um total *laissez faire*, que propala uma absoluta impossibilidade de verificação, pela via judicial ou arbitral, de eventual abusividade que se manifeste nessas interações.

O primeiro ponto que se pretendeu deixar muito claro, dentro desse espírito, é o de que as interações interempresariais frequentemente se dão entre sociedades que não comungam do mesmo porte ou poderio econômico. Ao contrário, a pulverização das etapas produtivas evidencia uma necessidade cada vez maior de que as grandes empresas interajam com outras substancialmente menores, mas especializadas em uma fase pontual desse processo. Assim se dá desde a aquisição de matéria-prima até o escoamento da produção, em uma realidade que não se pode negar e que, ao contrário, deve ser adequadamente apropriada pelo Direito.

Esta dissertação se desenrola, a partir dessa percepção, para cavar um pouco mais fundo, entrando no âmbito das relações assimétricas interempresariais em si para, dentre elas, pinçar uma gama específica de contratos: aqueles em que, mais do que a simples assimetria, esteja caracterizada a dependência econômica de uma parte em relação à outra. A esse respeito, entretanto, alguns mitos também precisam ser desconstruídos, e tomaram-se diversas linhas para deixar tão claro quanto possível que, diversamente do que se poderia compreender em uma primeira análise, também a caracterização de dependência econômica não é algo ilícito, pois diversas figuras contratuais possuem essa como uma característica muito marcante – para não dizer indispensável. Ao mesmo tempo, porém, fez-se forçoso discutir até mesmo quais seriam as condições concretas para que se diga que uma parte é *economicamente dependente* da outra, haja vista a lacuna legislativa a respeito no Brasil, concluindo-se ser essa uma questão a ser avaliada concreta e casuisticamente pelo julgador, apesar das atuais tentativas, no Legislativo, de estabelecerem-se balizas concretas para tanto.

Note-se que considerar ilícita a mera condição de dependência econômica de uma contratante em relação à outra seria, no fim das contas, tornar impraticáveis diversas das mais importantes interações interempresariais do mercado atual. Assim descambariam para a irregularidade, exemplificativamente, figuras como o contrato de distribuição, o contrato de representação comercial ou mesmo o contrato de *franchising* sempre que, porventura, estivesse

caracterizada a dependência. Por isso, é tão importante separar o joio do trigo e mostrar que essa condição, em si, é totalmente lícita e, inclusive, desejada pelo mercado.

O fato de a dependência econômica ser inicialmente lícita, no entanto, obviamente não impede que, em certas hipóteses, a prática evidencie a transgressão do limite dessa regularidade. É que – isso é inegável – situações de dependência econômica constituem um terreno fértil para que haja, em alguns casos, efetiva utilização dessa condição, pela parte mais *forte*, para obter vantagens indevidas ou desproporcionais frente à sua contratante, confiando justamente que, em decorrência dessa sujeição econômica, a parte mais *fraca* não adotará medidas mais enérgicas para coibir tal situação. Eis, aí sim, efetivo abuso de dependência econômica.

Falar do abuso de dependência econômica, ato contínuo, pressupõe que se avaliasse a forma com que o direito brasileiro recebe esse instituto, contrapondo-se, especificamente, duas hipóteses: a de tratá-lo ou como vertente do abuso de direito, hoje bastante difundido na doutrina e na jurisprudência, ou como espécie de coação (muito repousado, esse entendimento, na *economic duress* da *common law*). Conforme exposto no item nº 1.3.3, sem prejuízo de entendimentos em sentido diverso, concluiu-se então pela primeira opção, fundando-se essa compreensão, sinteticamente, na ideia de que a *economic duress* padece da limitação de ser aplicável apenas no momento da instrumentalização da relação entre as partes em um contrato ou em um posterior aditivo, deixando descobertas as ocasiões em que a abusividade se manifesta no curso da própria execução do contrato, mediante imposições desmedidas ou injustificadas pela parte mais *forte*.

Estabelecidas as premissas relativas à dependência econômica (lícita) e ao seu abuso (ilícito), passou-se ao segundo grande tema desta dissertação, consistente no estudo da função corretora da boa-fé objetiva. Antes disso, porém, um aparte se fez necessário, relativo à discussão sobre a própria possibilidade de aplicar-se a boa-fé no trato dos contratos interempresariais, concluindo-se pela indispensabilidade de se fazê-lo, mas sem ignorar a possibilidade de estabelecerem-se diferentes *graus* de incidência da boa-fé dentre as diferentes espécies de relações contratuais, como as paritárias, as de consumo e as empresariais assimétricas.

Adentrando, aí sim, no âmbito da função corretora da boa-fé objetiva, foram analisadas as *figuras parcelares* dela extraídas pela doutrina, avaliando-se cada uma e tratando, exemplificativamente, das hipóteses em que os tribunais pátrios delas se valem para decidir casos concretos. Nesse sentido, foram consultados os acervos jurisprudenciais dos principais tribunais do país, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, constatando-se um grande volume

de demandas solvidas a partir dessas figuras, mormente como recurso para impedir condutas contraditórias das partes, tanto no plano material quanto no plano processual.

O próximo passo, exposta a sistemática da função corretora da boa-fé objetiva, foi unir os dois grandes temas do trabalho para oferecer respostas aos questionamentos feitos na introdução. Assim, o item nº 3 tratou de aproximar a condição de dependência econômica da sistemática da boa-fé objetiva em sua função corretora, objetivando avaliar se a caracterização da primeira em certo litígio concreto influencia, de alguma maneira, a maneira de incidência da segunda. A resposta a essa pergunta – que é o fio condutor de toda dissertação – desembocou nos itens nº 3.1 e 3.2 do trabalho, em que expostas as soluções que se entendem adequadas em duas espécies de casos concretos distintos.

A primeira gama de casos, tratada no item nº 3.1, diz respeito à situação em que a parte mais *fraca* da relação contratual, a despeito de ver-se compelida a agir de modo contrário aos seus interesses (deixando de exigir algo a que faria jus ou sofrendo alguma imposição sem lastro contratual), deixa de manifestar qualquer insurgência à parte mais *forte*, possivelmente por receio de que uma irrisignação a respeito pudesse gerar algum prejuízo quanto à própria manutenção da avença em questão. A parte mais *fraca* se mantém, noutras palavras, passiva frente a essas exigências desmedidas, voltando-se contra tal aquiescência apenas posteriormente, quando extinta a relação contratual.

A solução para esse primeiro grupo de casos passou, como visto, pela consideração de que mesmo a parte mais *fraca* de uma relação interempresarial não deixa de ser um *empresário* propriamente dito, não podendo ser beneficiado por uma proteção excessiva. Nesse sentido, muito embora a questão relativa à condição de dependência econômica seja relevante, concluiu-se que a parte mais *fraca* possui um ônus: o de manifestar, tempestivamente, por qualquer maneira que seja, seu descontentamento com a exigência que lhe é dirigida.

Como se referiu, o caso é de verdadeiro *ônus*, pois não se trata de um *dever* imposto à parte mais *fraca*, mas de uma faculdade que, se preenchida, gera uma consequência favorável aos seus interesses, qual seja, a possibilidade de voltar-se contra aquelas circunstâncias futuramente, quando da extinção da relação contratual. Para solucionarem-se esses casos, portanto, utiliza-se a ideia de *culpa da vítima*, oriunda da doutrina argentina, no sentido de que, em tendo aceito passivamente certa imposição da parte mais *forte* e não tendo demonstrado qualquer insurgência a respeito à época, a parte mais *fraca* gera uma confiança objetiva e concreta no *alter* de que não se voltará contra esse fato no futuro, sendo obstada de fazê-lo, pois, precisamente pela incidência da boa-fé objetiva em sua função corretora.

A segunda gama de casos, objeto do item nº 3.2, trata de uma situação concreta distinta, em que, frente às mesmas imposições da parte mais *forte*, a parte mais *fraca* tenha agido positivamente e externado, de alguma forma, sua irresignação frente àquilo que reputava injusto (ainda que de forma informal, sendo descabido exigirem-se medidas mais enérgicas como a propositura de uma demanda judicial ou o envio de uma notificação formal). A parte mais *forte*, todavia, agora sim, valendo-se indevidamente da condição de dependência econômica da outra, ilegitimamente deixa de atender aos anseios de sua contratante, o que faz especificamente confiando que, por conta da importância do ajuste para os seus negócios, aquela não teria alternativas diversas de aceitar as exigências unilateralmente impostas.

Os casos divergem entre si de forma muito clara e, por isso, as soluções também o fazem. Nesses segundos, diferentemente do que se pontuou para as hipóteses tratadas anteriormente, ter-se-ia efetivo abuso de dependência econômica, consistente em uma conduta abusiva e que transborda os limites da boa-fé e do fim econômico, limites referidos textualmente no artigo 187 do Código Civil. Por isso, concluiu-se que a solução nesses casos parece ser a de afastar a incidência da boa-fé objetiva em sua função corretora para permitir, efetivamente, condutas que aparentemente seriam contraditórias entre si, mas que, na verdade, não atraem a sistemática da boa-fé precisamente porque eventual confiança depositada pela parte mais *forte* na *estabilidade da situação* não seria legítima e objetivamente demonstrável, já que, ao contrário, sempre ciente do descontentamento da parte mais *fraca* com aquela certa situação.

A conclusão de tudo isso é de que tanto a boa-fé objetiva quanto a dependência econômica são institutos importantíssimos na análise de relações interempresariais marcadas pela assimetria, que precisam ser utilizados corretamente para evitarem-se injustiças. Interações entre empresas de portes distintos, sobretudo quando caracterizada sujeição de uma em relação à outra, devem ser avaliadas sob as lentes que se afastam da *fobia* e da *idolatria*: sem proteger-se excessivamente a parte mais *fraca*, mas impedindo, sempre, que a prevalência econômica sirva de subterfúgio para que sejam cometidos atos abusivos e contrários à lealdade que deve marcar as relações comerciais entre quaisquer sujeitos.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos Relacionais, de Lucro e Existenciais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 45/2011, jan-mar/2011, pp. 91-110.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14/1995, pp. 20-27, abr-jun/1995.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Noções de Direito Civil*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ALPA, Guido. *Nuove frontiere del diritto contrattuale*. Roma: Edizioni Seam, 1998.

AMADIO, Giuseppe. Il terzo contratto. Il problema in *Il terzo contratto: abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolonha: Editrice Il Mulino, 2008.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1998.

ASCARELLI, Tullio. O contrato de sociedade in *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

ASCENSÃO, J. Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, vol. 4/2000, pp. 9-25, out-dez/2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, pp. 115-137, fev/2005.

AZEVEDO, ANTÔNIO Junqueira de. Parecer. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Ciro Rangel; TEIXEIRA, Pedro Teixeira. Notas sobre o contrato de consórcio empresarial. *Revista de Direito Privado*, vol. 76/2017, pp. 91-114, abr/2017.

BAPTISTA MARTINS, Pedro. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 9, pp. 60-77, 1993.

BENUCCI, Silvia *in Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Giuseppe Vettori*. Padova: CEDAM, 2002.

BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. 2. Ed, 2010. Disponível em https://www.trans-lex.org/100610/mark_901000/berger-klaus-peter-the-creeping-codification-of-the-new-lex-mercatoriam-2nd-ed-2010/#head_15

BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obligazioni, vol. I, prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1953.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2nd edition. Kluwer Law International, 2014.

BRANCO, Gérson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o Projeto de Código Comercial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1/2014, pp. 75-101, out-dez/2014.

BRANCO, Gérson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos *in Modelos de Direito Privado* (org. Judith Martins-Costa). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.205.672/DF*, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 10/04/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.164.394/PE*, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 22/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 960.486/SP*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 10/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.038.886/RS*, Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 18/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.112.796/PR*, Quarta Turma, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Amapá), j. em 10/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.711.391/PR*, Quarta Turma, rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região), j. em 24/04/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 1.013.829/RJ*, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 07/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.620.917/MT*, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 29/08/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.739.068/DF*, Quarta Turma, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 08/11/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 453.621/ES*, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 23/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 653.044/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 06/10/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 418.151/SC*, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 25/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.224.400/PR*. Quarta Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 04/09/2012. Publicado no DJe em 13/09/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.099.550/SP*, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 02/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 747.953/MG*, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 08/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 309.569/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 17/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 276.597/SP*, Sexta Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 05/12/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.040.606/ES*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/04/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.128.770/PR*, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado no TJAP), j. em 16/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.143.216/RS*, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 24/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.190.372/DF*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 15/10/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.202.514/RS*, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21/06/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.245.645/RS*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.297.847/RS*, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 17/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.338.432/SP*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.374.830/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 23/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.403.272/RS*, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe em 18/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.403.272/RS*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 10/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.520.995/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.529.742/RJ*, Terceira Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 15/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.533.061/RJ*, Terceira Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 04/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.581.505/SC*, Quarta Turma, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 18/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.619.289/MT*, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 07/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.622.555/MG*, Segunda Seção, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 22/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.051.270/RS*, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 04/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.323.404/GO*, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 272.739/MG*, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 01/03/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 401.704/PR*, Quarta Turma, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), j. em 25/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 936.741*, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 03/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 95.539/SP*, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 03/09/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 953.389/SP*, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23/02/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.187.195/TO*. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/05/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 660.026/RJ*, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 98.263/GO*, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 07/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 104.119/RJ*, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13/11/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 439.973/MG*, Quarta Turma, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 16/08/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70054370655*, rel. Des^a. Liége Puricelli Pires, Décima Sétima Câmara Cível, j. em 31/10/2013.

CABRILLAC, Rémy. La violéncia económica: panorama de derecho comparado. *Revista ius et veritas*, n. 53, dezembro/2016.

CAMINHA, Uinie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Assimetrias contratuais, dependência empresarial e o *ethos* comercial no Projeto de Código Comercial (PLS 487/2013) in *Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial* (coord. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima e Marcelo Guedes Nunes). São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Paris: Éditions Dalloz, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português in *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva (org. Vera Maria Jacob de Fradera)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DAMASCENO, Livia Ximenes; DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. A dependência econômica nos contratos de adesão nas relações entre empresas: uma análise luso-brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115/2018, pp. 357-390, jan-fev/2018.

DE LUCCA, Newton. A principiologia inerente aos contratos comerciais. *Revista dos Tribunais*, vol. 923/2012, pp. 187-217, set/2012.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*, vol. 1. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. *Revista de Direito Privado*, vol. 59/2014, pp. 91-120, jul-set/2014.

Enunciados da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>

ERHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55/2013, pp. 181-211, jul-set/2013.

FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*, 2010, p. 128. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini.

FÉLIX JOBIM, Márcio. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil *in O novo Código Civil e a Constituição (org. Ingo Wolfgang Sarlet)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social *in O novo Código Civil e a Constituição (org. Ingo Wolfgang Sarlet)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Princípios do Direito Contratual no Código de Defesa do Consumidor *in Contratos de Consumo e Atividade Econômica* (coord. Teresa Ancona Lopes e Ruy Rosado de Aguiar Júnior). São Paulo: Saraiva, 2009.

FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, pp. 229-244, abr-jun/2015.

FRADERA, Vera Jacob de. Contrato de Distribuição in *Tratado de Direito Empresarial* (coord. Modesto Carvalhosa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANTZ, Laura Coradini. *Possibilidade de aplicação da economic duress no direito brasileiro*. Tese de Doutorado, 2012. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora: Vera Maria Jacob de Fradera. Coorientadora: Judith Martins-Costa, p. 274.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da *supsessio*. *Revista de Direito Privado*, v. 44/2010, pp. 28/57.

GHERSI, Carlos A.; WEINGARTEN, Celia. *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAZIUSO, Emilio. *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*. Milão: Giuffrè Editore, 2010.

GUEIROS, Daniele Gabrich. Autonomia privada: conversas com o jovem Roppo. *Revista de Direito Privado*, vol. 89/2018, pp. 71-91, maio/2018.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HAI MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Profa. Paula Forgioni. Universidade de São Paulo, 2007.

HUNTER, Martin; CONDE E SILVA, Gui. A ordem pública transnacional e a sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (coord. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins). São Paulo: Atlas, 2007.

JHERING, Rudolf von. *L'evolution du droit*, 3. Ed. (trad. O. de Meulenaere). Paris: Marescq, 1901.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7/2016, pp. 95-117, abr-jun/2016.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LUPION GARCIA, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, set/2014.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*, disponível em <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>

MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. *The law and economics of good faith in the civil law of contract*. Disponível em https://researchgate.net/publication/27554117_The_law_and_economics_of_good_faith_in_the_civil_law_of_contract

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito* (trad. Rachel Sztajn), 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACKAAY, Ejan. *Good faith in Civil Law systems: a legal-economic analysis*. Montreal: Cirano, 2011.

MACNEIL, Ian. Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical seminar in *Implicit dimension of contracts: discrete, relational and network contracts* (ed. David Campbell, Hugh Collins e John Wightman). Oxford: Hart Publishing, 2003.

MACNEIL, Ian. Relational contract: what we do and do not know. *Wisconsin law review*, 483/1985, pp. 483-525. Disponível em http://www.cisr.ru/files/publ/lib_pravo/Macneil%201985%20Relational%20contract.pdf

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 1/2015, pp. 1.247-1.299.

MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, vol. 680, pp. 47-58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun/1992.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar.

Teoria da Imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, vol. 55/2012, pp. 321-381, jan-mar/2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo in *A reconstrução do direito privado* (org. Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da supressão in *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado* (coord. Ana Frazão e Gustavo Tepedino). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, p. 115-128, abr./jun. 1995

MCINNIS, Arthur. The new engineering contract: relational contracting, good faith and co-operation. *The International Construction Law Review*, 2003, 128-153. Disponível em <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/05/McInnis-A.-2003c-‘The-New-Engineering-Contract-Relational-Contracting-Good-Faith-and-Co-Operation—Part-2’.pdf>

MCKENDRICK, Ewan. Good faith: a matter of principle? in *Good Faith in Contract and Property* (org. A.D.M. Forte). Oxford: Hart Publishing, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António Barreto. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, pp. 369-382, jan-mar/2018.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais in *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual* (coord. Cláudia Lima Marques). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MURRAY JR., John E. Contract theories and the rise of neoformalism. *Fordham law review*, vol. 71/2002, pp. 869-913. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3869&context=flr>

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, vol. 2, títulos de crédito e contratos empresariais, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, vol. 4, pp. 137-168, abr/2011.

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

PALUMBO, Donatella. *La relazioni asimmetriche tra imprese*. Tese de Doutorado, Università degli Studi del Molise. Orientador: Prof. Andrea Barenghi, 2004-2005.

PARGENDLER, Mariana. The role of the State in Contract Law: the common-civil law divide. *The Yale Journal of International Law*, vol. 43:143.

PARINI, Maria Margherita. *Terzo contratto e strumenti di tutela forniti all 'imprenditore debole'*. Tese de Doutorado, Università degli studi di Verona. Orientador: Prof. Francesco Ruscello. 2009/2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 1, pp. 901-933, abr/2011.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, vol. 11/2002, pp. 138-153, jul-set/2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Thesis São Paulo*, ano IV, vol. 8, pp. 39-70, 2007.

PESTANA, Márcio. A exorbitância nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1/2017, pp. 141-161, abr.-jun./2017.

Princípios Unidroit para o Direito dos Contratos, 2010
www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf

PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. *Revista de Direito Recuperacional e de Empresa*, vol. 7/2018, jan-mar/2018.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RENNER, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70070847330*, 15ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Adriana da Silva Ribeiro, julgado em 23/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70076956960*, Décima Sexta Câmara Cível, rel. Des. Érgio Roque Menine, j. em 26/04/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70066464645*, Décima Câmara Cível, rel. Des. Marcelo Cezar Muller, j. em 26/11/2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70051418325*, rel. Des^a. Catarina Rita Krieger Martins, Décima Sexta Câmara Cível, j. em 26/09/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70049737752*, Nona Câmara Cível, rel. Desa. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. em 15/05/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70033030305*, Nona Câmara Cível, rel. Desa. Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 28/04/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004456059*, Nona Câmara Cível, j. em 21/09/2005.

RODOVALHO, Thiago. Parecer: cláusula arbitral abstrata. Impossibilidade. Nulidade de cláusula arbitral. Demais cláusulas arbitrais insertas de forma abusiva em contrato de adesão. Nulidade. *Revista de Processo*, vol. 274/2017, pp. 579-599, dez/2017.

ROPPO, Enzo. *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989.

ROPPO, Enzo. *O Contrato* (trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo (trad. Maria Angélica Moreno Cruz). *Revista de Derecho Privado*, vol. 20/2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0041807-14.1998.8.24.0038*, 1ª Câmara de Direito Comercial, Relator Desembargador Guilherme Nunes Born, julgado em 05/10/2017).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1067536-15.2017.8.26.0002*, Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado, rel. Des. Sérgio Rui, j. em 11/12/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1021314-83.2017.8.26.0003*, Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado, rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, j. em 03/12/2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação Cível nº 1026965-21.2016.8.26.0007*, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Edgard Rosa, julgado em 01/03/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1002825-81.2016.8.26.0019*, 26ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Alfredo Attié, j. em 01/10/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1000394-35.2015.8.26.0011*, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Desª Mary Grün, j. em 21/06/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1071843-77.2015.8.26.0100*, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. J.B. Paula Lima, j. em 22/08/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 57, out-dez/2006.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fábio; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação do prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, abr-jun/2016.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, vol. 1. São Paulo: Forense, 1961.

SOUZA MIRANDA, José Gustavo. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 135, jan-mar/2002.

TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro in *Direito Contratual: temas atuais (coord. Flávio Tartuce e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka)*. São Paulo: Editora Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002 in *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, pp. 139-151, 2003.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2009.

TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in german law in *Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*. Disponível em https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852637/Franchising_and_the_law.pdf

THEODORO Júnior, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista dos Tribunais*, vol. 825/2004, pp. 35-74, jul/2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. *Revista dos Tribunais*, vol. 790/2001, pp. 11-44, ago/2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do compartimento contraditório. *Revista de Direito Privado*, vol. 38/2009, pp. 149-175, abr-jun/2009.

TOMASEVICIOUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência in *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002 – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. A hipossuficiência na relação clube-atleta. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, vol.20/2011, pp. 93-111, dez/2011.

VILLA, Gianroberto. *Invalidità e contratto tra imprenditore in situazione asimmetrica in Il terzo contratto: abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolonha: Editrice Il Mulino, 2008.

VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Paris: Librairie Generale de Droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1986.

WALD, Arnaldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 845/2006, pp. 81-94, mar/2006.

WALD, Arnaldo. O princípio da boa-fé no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol. 29, jan-fev/2017.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe* (trad. José Luis Carro). Madri: Editorial Civitas, 1977.

YEUNG, Luciana; TIMM, Luciano Benetti. Uma análise econômica do projeto para o novo Código Comercial brasileiro. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 4/2014, pp. 13-58, jul-ago/2014.

ZANELATTO, Marco Antônio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100/2015, pp. 141-194, jul-ago/2015.