

PAULA A. FORGIONI

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

Prefácio
NATALINO IRTI

4ª edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Estagiárias: Camilla Sampaio Silva e Camilla Dantara Ventura

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Leonardo Rocha e Rafael Ribeiro

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação de capa: WK Editoração

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Forgioni, Paula A.
Contratos empresariais: Teoria Geral e Aplicação / Paula A. Forgioni. – 4. ed.
rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Bibliografia.

ISBN 978-85-5321-399-3

1. Contratos – Brasil 2. Direito empresarial – Brasil I. Título.

19-25094

CDU-347.74: 338(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Contratos empresariais: Direito empresarial 347.74: 338(81)

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427

SUMÁRIO

PREFÁCIO: Um livro do diálogo – NATALINO IRTI	5
PREFAZIONE: Un libro del dialogo – NATALINO IRTI	7
INTRODUÇÃO: A REDESCOBERTA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E SUA DINÂMICA COMO UM PROCESSO	17
1. DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	23
1.1 Atividade empresarial e contratos. Mercado e teia contratual	23
1.2 Negócios empresariais, negócios jurídicos e contratos no direito e na economia	25
1.3 As partes dos contratos empresariais	27
1.4 Definição dos contratos empresariais. A exclusão dos contratos com consumidores	28
1.5 Contratos empresariais como categoria autônoma	32
1.6 O escopo de lucro presente em todos os seus polos como marca e guia dos contratos empresariais	38
1.7 Uma necessária digressão histórica: os cismas das categorias contratuais e a consolidação dos contratos empresariais	39
2. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	45
2.1 Por que classificar? Classificação tradicional dos contratos e a necessidade de novas categorias	45
2.2 Quanto ao grau de vinculação futura entre as partes: contratos instantâneos [<i>“spot”</i>], híbridos e societários	48
2.3 Quanto ao grau de positivação: contratos típicos, atípicos e socialmente típicos	50
2.3.1 A criação dos contratos socialmente típicos pela prática de mercado	52

2.3.2	Cláusulas socialmente típicas	53
2.4	Quanto à abrangência do objeto: contratos-quadro e contratos satélite..	53
2.5	Quanto ao grau de ligação: contratos coligados e contratos independentes	57
2.6	Quanto ao grau de complexidade: contratos simples e contratos complexos	58
2.7	Quanto ao grau de completude do regramento: contratos completos e incompletos. Existem contratos completos?	60
2.8	Quanto ao interesse principal da parte no contrato: contratos de prestação e contratos de relação [ou contratos relacionais]	62
2.9	Quanto ao tipo de negociação que lhes dá origem: contratos de adesão e contratos negociados	65
2.10	Quanto ao grau de poder econômico das partes: contratos paritários e contratos em que há situação de dependência econômica	66
2.10.1	Contratos aos quais a dependência econômica é inerente	68
2.10.2	Contratos em que o grau de dependência econômica aumenta durante sua execução	68
2.11	Quanto à ligação a contratos celebrados entre terceiros: contratos isolados e contratos em rede	69
3.	FORMAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	73
3.1	Introdução. Peculiaridades da formação dos contratos empresariais	73
3.2	A seleção do parceiro	73
3.3	A seleção dos advogados. Riscos empresariais e <i>hindsight effect</i>	75
3.4	O processo de negociação	76
3.5	Os documentos produzidos na fase de negociação	77
3.6	Responsabilidade pela ruptura das negociações	79
3.7	A redação dos instrumentos do contrato	80
3.8	O momento da vinculação	81
3.9	Operação econômica, negócio jurídico e contratos empresariais. A arquitetura jurídica do negócio	82
3.10	O nome dos contratos	83
3.11	Cláusulas contratuais	84
3.12	Disposições finais, cláusulas de estilo ou “ <i>boilerplate clauses</i> ”	85
3.13	Omissões e dubiedades propositais	86
3.14	O momento da assinatura. O início da vida do contrato	88

4. A VIDA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS – Regras jurídicas que vinculam as partes durante a execução do contrato e algumas de suas condicionantes comportamentais.....	89
4.1 As normas que regem a vida do contrato. As chamadas “fontes do Direito”	89
4.2 A importância das regras legais dispositivas no processo de barganha e na formação do negócio	91
4.3 Quem, efetivamente, dá execução ao contrato, construindo sua vida? ...	92
4.4 As modificações do negócio jurídico ao longo do tempo. A nova regra em conflito com a anterior.....	94
4.5 Modificações informais de contratos formais. A tendência de não se alterar o instrumento firmado durante a vida do contrato	98
4.6 Ainda sobre as modificações informais dos contratos formais. O exagero na aplicação indiscriminada de institutos derivados da boa-fé objetiva [<i>supressio, surrectio, venire contra factum proprium e tu quoque</i>].....	98
4.7 A superação do exacerbado positivismo que dominou a análise jurídica dos contratos no século XX e a importância do contexto contratual	99
4.8 O impacto de tendências comportamentais das partes sobre a vida dos contratos que celebram	101
4.9 Breves notas de economia comportamental.....	102
4.9.1 Excessivo otimismo	103
4.9.2 Excessiva autoconfiança/ <i>self-serving bias</i>	103
4.9.3 <i>Hindsight bias</i>	104
4.9.4 Falso consenso	104
4.9.5 Persistência na decisão.....	104
4.9.6 Reciprocidade.....	104
4.9.7 Aversão à iniquidade	105
4.9.8 Tendência de pertencer a grupos	105
4.9.9 <i>Endowment effect</i>	106
4.9.10 Senso de justiça.....	106
4.9.11 Ancoragem/excessivo foco	106
5. VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	107
5.1 A necessária busca dos traços comuns dos contratos mercantis.....	107
5.2 Escopo de lucro.....	108
5.3 <i>Pacta sunt servanda</i>	109
5.4 Limitações à autonomia privada	112

5.5	O norte do contrato: sua função econômica	117
5.6	Segurança e previsibilidade	119
5.7	Agentes econômicos “ativos e probos”	120
5.8	Egoísmo/opportunismo do agente econômico	122
5.9	O agente econômico responde a incentivos e a desincentivos	124
5.10	O agente econômico é o melhor senhor de suas próprias razões	125
5.11	Boa-fé nos contratos empresariais	125
5.12	Confiança nos contratos empresariais	134
5.13	Usos e costumes	137
5.13.1	Globalização e usos e costumes	142
5.14	Custos de transação	145
5.15	Contratos e necessidades dos agentes econômicos	148
5.16	Contrato como instrumento de alocação de riscos	148
5.17	Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico]	151
5.18	Oportunismo e vinculação	154
5.19	Racionalidade limitada	154
5.20	Incompletude contratual	157
5.21	Desvio de pontos controvertidos	158
5.22	Ambiente institucional	159
5.23	Tutela do crédito	161
5.24	Forma nos contratos empresariais	162
5.25	Contrato e informações	163
5.26	Informação e oportunismo [relação “principal/agente”]	166
5.27	Modificação do comportamento pós-contratual [<i>moral hazard</i>]	168
5.28	Aumento da dependência econômica pelo contrato	169
5.29	“Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”	171
5.30	Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica?	171
6.	OS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO ENTRE EMPRESAS	179
6.1	Os contratos empresariais: além dos contratos de intercâmbio e de sociedade	179
6.2	O primeiro polo: os contratos de intercâmbio	181
6.3	O segundo polo: as sociedades mercantis	182
6.3.1	A modelagem das sociedades conforme os interesses dos agentes econômicos	184

6.3.2	Sociedades mercantis e a construção da responsabilidade limitada	185
6.3.3	Sociedades mercantis e a construção do princípio majoritário....	187
6.4	Os contratos de colaboração não societários. A produção de novos contratos pela praxe.....	193
6.5	Principais características dos contratos de colaboração	195
6.6	A lógica própria aos contratos de colaboração: por que cooperar?	197
6.7	A visão dos economistas sobre os contratos de colaboração: as formas híbridas	199
6.8	A tomada de decisão nos contratos de colaboração.....	201
6.9	A incompletude inerente aos contratos de colaboração	203
6.10	Questões dogmáticas em aberto: inadimplemento nos contratos de colaboração e culpa recíproca.....	204
6.11	Segue: adimplemento suficiente	205
7.	INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – Mercado, causa e função econômica dos negócios. Racionalidade econômica x Racionalidade jurídica	209
7.1	A herança da escola exegetica e o desprezo pela interpretação	209
7.2	As regras que formatam a atuação das empresas nos contratos. Regras endógenas e exógenas. Prática de mercado e interpretação dos contratos empresariais	212
7.3	Ainda sobre as peculiaridades da interpretação dos contratos empresariais. Princípios jurídicos próprios ao direito comercial e formatação do mercado.....	216
7.4	Causa e motivo: a necessidade de uma ótica de mercado. A importância da função econômica	217
7.5	Causa como vetor da interpretação contratual. Novamente a função econômica do negócio	221
7.6	A racionalidade jurídica do direito comercial e a interpretação dos contratos. Segurança e previsibilidade.....	225
7.7	Racionalidade econômica e racionalidade jurídica.....	228
7.8	A utilidade da racionalidade econômica para a racionalidade jurídica....	234
8.	REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – Diretrizes clássicas e normas do Código Civil	237
8.1	Interpretação da lei e interpretação dos contratos empresariais. A racionalidade das regras tradicionais de interpretação	237

8.2	O ponto de partida da interpretação dos contratos empresariais: seu instrumento. Instrumento e contrato	239
8.2.1	A importância do texto contratual. Muito além do fetiche da palavra.....	239
8.2.2	Texto e contexto. O significado das palavras e a prática dos contratantes	242
8.3	As regras clássicas de interpretação dos contratos empresariais inspiradas em Pothier	242
8.3.1	Intenção comum das partes	245
8.3.2	A revelação da intenção comum das partes e a importância do preâmbulo.....	245
8.3.3	Interpretação pela preservação do contrato e não por sua nulidade.....	246
8.3.4	Natureza do contrato como condicionante da interpretação.....	246
8.3.5	Usos e costumes e interpretação do contrato empresarial.....	246
8.3.6	Usos e costumes e integração do contrato empresarial	247
8.3.7	Coerência e harmonia das cláusulas contratuais	248
8.3.8	Interpretação contra o estipulante e a favor do devedor	248
8.3.9	As partes somente se vinculam àquilo que contrataram.....	248
8.3.10	Referência à universalidade de coisas inclui todos os seus componentes.....	249
8.3.11	Exemplos não excluem outros casos não referidos. O plural inclui o singular. O que está no fim da frase refere-se a toda ela	249
8.4	Diretivas gerais dos contratos empresariais inspiradas no art. 131 do Código Comercial. Intenção comum das partes como norte interpretativo, comportamento concludente, boa-fé objetiva, força normativa dos usos e costumes e interpretação a favor do devedor.....	250
8.4.1	A importância do comportamento posterior das partes como pauta interpretativa.....	252
8.5.	Regras de interpretação dos contratos comerciais explicitadas por Cairu. Padrão do comerciante ativo e probo, relevância do estilo mercantil e dos usos e costumes	253
8.5.1	“Quem percebe o cômodo, não deve recusar o incômodo”	255
8.5.2	“Não pode pretender lucro quem não concorreu para algum negócio com fundo, industrial, ordem, ou risco”	255
8.6.	As regras de interpretação dos negócios empresariais no Código Civil...	255
8.6.1	Art. 113. Interpretação e boa-fé objetiva.....	257
8.6.2	Art. 112. Intenção das partes e vontade objetiva	260
8.6.3	Art. 423. Interpretação a favor do devedor.....	262

8.6.4	Art. 421. Função social do contrato.....	264
8.6.5	Art. 114. Interpretação restritiva dos negócios benéficos e da renúncia. Interpretação restritiva da exceção.	265
8.6.6	Art. 157. Lesão/tendência de proteção à parte mais fraca.....	266
8.7	As presunções na interpretação dos negócios entre empresas.....	268
9.	INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – Interpretação a favor da livre-iniciativa e da livre-concorrência...	271
9.1	Princípios constitucionais, ordem jurídica do mercado e contratos empresariais	271
9.2	Livre iniciativa	274
9.3	Livre concorrência	277
9.4	Liberdade de contratar	279
9.5	Princípios constitucionais moldando os contratos empresariais	282
9.6	Os contratos empresariais e a limitação voluntária das liberdades econômicas.....	282
9.7	Princípios constitucionais e seu reflexo sobre os contratos empresariais...	284
9.8	Princípios constitucionais como regras de interpretação	284
9.9	Princípios constitucionais como regras gerais dos contratos empresariais	285
9.10	Ainda a questão dogmática: a força das regras gerais	285
9.11	Aplicação da regra de interpretação em favor das liberdades econômicas. Alguns exemplos concretos	286
9.11.1	A exclusividade.....	286
9.11.2	Vedação à concorrência na alienação de estabelecimento comercial [art. 1.147 do Código Civil] e cláusula de não concorrência [“ <i>non compete</i> ”] contratada na alienação de controle de sociedade empresarial.....	287
9.11.2.1	Função econômica e tipologia das cláusulas de não concorrência.....	287
9.11.2.2	Trespasse de estabelecimento e alienação de controle...	289
9.11.2.3	Trespasse de estabelecimento e alienação de controle: diferentes disciplinas de <i>non compete</i> . Limitação do âmbito de aplicação do art. 1.147 do Código Civil	290
9.11.3	A necessária interpretação restritiva das cláusulas de <i>non compete</i> ...	292
9.12	O direito de não contratar e de pôr fim à relação contratual.....	293

10. INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS – Lacunas e atuação dos julgadores	299
10.1 A integração dos contratos.....	299
10.2 A solução da incompletude contratual	300
10.2.1 A solução da incompletude por novo acordo	301
10.2.2 A solução da incompletude pelos usos e costumes	301
10.2.3 A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro	302
10.2.4 A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes	305
10.3 Boa-fé e incompletude	308
 BIBLIOGRAFIA	 313
 OUTRAS OBRAS DA AUTORA	 335