

PAULA A. FORGIONI

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

Prefácio
NATALINO IRTI

5ª edição
revista, atualizada e ampliada

De acordo com a **Lei de
Liberdade Econômica**

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

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: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício,

Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patricia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfoury

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação de Capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

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

Forgioni, Paula A.

Contratos empresariais : teoria geral e aplicação / Paula A. Forgoni. -- 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5065-356-9

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

20-35406

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 Definição de contratos empresariais.....	27
1.4 Ainda sobre a 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 das partes e o principal traço peculiar dos contratos empresariais	39
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 [“spot”], 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 a execução	68
2.11	Quanto à ligação a contratos celebrados entre terceiros: contratos isolados e contratos em rede	70
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	91
4.1	As normas que regem a vida do contrato. As chamadas “fontes do Direito”	91
4.2	A importância das regras legais dispositivas no processo de barganha e na formação do negócio	93
4.3	Quem, efetivamente, dá execução ao contrato, construindo sua vida? ...	94
4.4	As modificações do negócio jurídico ao longo do tempo. O comportamento posterior das partes. A nova regra em conflito com a anterior ...	96
4.5	Modificações informais de contratos formais. A tendência de não se alterar o instrumento firmado durante a vida do contrato	100
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>] ...	100
4.7	A superação do exacerbado positivismo que dominou a análise jurídica dos contratos no século XX e a importância do contexto contratual.....	101
4.8	O impacto de tendências comportamentais das partes sobre a vida dos contratos que celebram	103
4.9	Breves notas de economia comportamental	104
4.9.1	Excessivo otimismo	105
4.9.2	Excessiva autoconfiança/ <i>self-serving bias</i>	106
4.9.3	<i>Hindsight bias</i>	106
4.9.4	Falso consenso	106
4.9.5	Persistência na decisão	106
4.9.6	Reciprocidade	106
4.9.7	Aversão à iniquidade	107
4.9.8	Tendência de pertencer a grupos	107
4.9.9	<i>Endowment effect</i>	108
4.9.10	Senso de justiça	108
4.9.11	Ancoragem/excessivo foco	108
5.	VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	109
5.1	A necessária busca dos traços comuns dos contratos mercantis	109
5.2	Escopo de lucro	110
5.3	<i>Pacta sunt servanda</i>	111
5.4	Limitações à autonomia privada.....	114

5.5	O norte do contrato: sua função econômica.....	119
5.6	Segurança e previsibilidade.....	121
5.7	Agentes econômicos “ativos e probos”	122
5.8	Egoísmo/oportunismo do agente econômico	124
5.9	O agente econômico responde a incentivos e a desincentivos	126
5.10	O agente econômico é o melhor senhor de suas próprias razões	127
5.11	Boa-fé nos contratos empresariais	127
5.12	Confiança nos contratos empresariais	136
5.13	Usos e costumes. Criação de tipos e cláusulas contratuais pela prática ...	139
5.13.1	Globalização e usos e costumes.....	144
5.14	Custos de transação	147
5.15	Contratos e necessidades dos agentes econômicos.....	150
5.16	Contrato como instrumento de alocação de riscos.....	150
5.17	Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico]	153
5.18	A incompatibilidade do instituto da lesão com a dinâmica dos contratos empresariais	156
5.19	Oportunismo e vinculação.....	158
5.20	Racionalidade limitada	158
5.21	Incompletude contratual	161
5.22	Desvio de pontos controvertidos. Lacunas e ambiguidades podem ser propositais	162
5.23	Ambiente institucional	163
5.24	Tutela do crédito	165
5.25	Forma nos contratos empresariais.....	166
5.26	Contrato e informações	167
5.27	Informação e oportunismo [relação “principal/agente”]	170
5.28	Modificação do comportamento pós-contratual [<i>moral hazard</i>]	172
5.29	Aumento da dependência econômica pelo contrato.....	173
5.30	“Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”	175
5.31	Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica?	175
6.	OS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO ENTRE EMPRESAS	183
6.1	Os contratos empresariais: além dos contratos de intercâmbio e de sociedade	183
6.2	O primeiro polo: os contratos de intercâmbio.....	185

6.3	O segundo polo: as sociedades mercantis.....	186
6.3.1	A modelagem das sociedades conforme os interesses dos agentes econômicos.....	188
6.3.2	Sociedades mercantis e a construção da responsabilidade limitada.....	189
6.3.3	Sociedades mercantis e a construção do princípio majoritário... ..	191
6.4	Os contratos de colaboração não societários. A produção de novos contratos pela praxe.....	197
6.5	Principais características dos contratos de colaboração	199
6.6	A lógica própria aos contratos de colaboração: por que cooperar?	201
6.7	A visão dos economistas sobre os contratos de colaboração: as formas híbridas.....	203
6.8	A tomada de decisão nos contratos de colaboração.....	205
6.9	A incompletude inerente aos contratos de colaboração	207
6.10	Questões dogmáticas em aberto: inadimplemento nos contratos de colaboração e culpa recíproca.....	208
6.11	Segue: adimplemento suficiente	209
7.	INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – Mercado, causa e função econômica dos negócios. Racionalidade econômica x Racionalidade jurídica.....	213
7.1	A herança da escola exegética e o desprezo pela interpretação	213
7.2	As regras que formatam a atuação das empresas nos contratos. Regras endógenas e exógenas. Prática de mercado e interpretação dos contratos empresariais.....	216
7.3	Ainda sobre as peculiaridades da interpretação dos contratos empresariais. Princípios jurídicos próprios ao direito comercial e formatação do mercado.....	220
7.4	Causa e motivo: a necessidade de uma ótica de mercado. A importância da função econômica.....	221
7.5	Causa como vetor da interpretação contratual. Novamente a função econômica do negócio	225
7.6	A racionalidade jurídica do direito comercial e a interpretação dos contratos. Segurança e previsibilidade.....	229
7.7	Racionalidade econômica e racionalidade jurídica.....	232
7.8	A utilidade da racionalidade econômica para a racionalidade jurídica... ..	238
8.	REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – Diretrizes clássicas. Regras de Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850	241
8.1	Interpretação da lei e interpretação dos contratos empresariais. Racionalidade e importância das regras tradicionais de interpretação	241

8.2	As regras clássicas de interpretação dos contratos empresariais inspiradas em Pothier	243
8.2.1	Intenção comum das partes.....	245
8.2.2	Interpretação pela preservação do contrato e não por sua nulidade.....	245
8.2.3	Natureza do contrato como condicionante da interpretação ...	246
8.2.4	Usos e costumes e interpretação do contrato empresarial.....	246
8.2.5	Usos e costumes e integração do contrato empresarial	247
8.2.6	Coerência e harmonia das cláusulas contratuais.....	248
8.2.7	Interpretação contra o estipulante e a favor do devedor	248
8.2.8	As partes somente se vinculam àquilo que contrataram	248
8.2.9	Referência à universalidade de coisas inclui todos os seus componentes	249
8.2.10	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
8.3	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	Regras de interpretação dos contratos comerciais explicitadas por Cairu. Padrão do comerciante ativo e probo, relevância do estilo mercantil e dos usos e costumes	252
8.4.1	“Quem percebe o cômodo, não deve recusar o incômodo” ...	254
8.4.2	“Não pode pretender lucro quem não concorreu para algum negócio com fundo, industrial, ordem, ou risco”.....	254
9.	INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O CÓDIGO CIVIL	255
9.1	O ponto de partida da interpretação dos contratos empresariais: seu instrumento. Instrumento e contrato. Arts. 219 e 221.....	255
9.1.1	A importância do preâmbulo do instrumento.....	258
9.2	Intenção das partes e vontade objetiva. Art. 112.....	258
9.3	Interpretação e boa-fé objetiva. Art. 113, <i>caput</i> e § 1º, III. Art. 422	261
9.4	Interpretação conforme os usos, costumes e práticas comerciais. Art. 113, <i>caput</i> e § 1º, II.....	264
9.4.1	Quais usos e costumes?	265
9.5	Interpretação e comportamento das partes. Art. 113, § 1º, I.....	266
9.6	Interpretação a favor do devedor/aderente/estipulador. Art. 113, § 1º, IV, art. 133 e art. 423.....	267
9.7	Interpretação conforme a razoável negociação das partes, demais disposições do negócio e racionalidade econômica	269

9.8	A necessária interpretação conjunta dos incisos do § 1º do art. 113....	271
9.9	O estabelecimento de regras de interpretação pelas partes. Art. 113, § 2º.....	272
9.10	Interpretação restritiva das renúncias a direitos e dos negócios benéficos. Art. 114	273
9.11	Função social do contrato. Art. 421	274
9.12	Intervenção mínima do intérprete. Art. 421, parágrafo único, primeira parte.....	275
9.13	Possibilidade de determinação, pelas partes, de parâmetros para a interpretação contratual nos contratos paritários. Art. 421-A.....	276
9.14	Necessidade de respeito à alocação de riscos definida pelas partes.....	277
9.15	Excepcionalidade da revisão contratual. Art. 421, parágrafo único, segunda parte e art. 421-A, III	277
9.16	A força das presunções na interpretação dos negócios empresariais. Delimitação de cânones hermenêuticos	280
10.	INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – Interpretação a favor da livre-iniciativa e da livre-concorrência....	283
10.1	Princípios constitucionais, ordem jurídica do mercado e contratos empresariais	283
10.2	Livre iniciativa	286
10.3	Livre concorrência.....	289
10.4	Liberdade de contratar.....	291
10.5	Princípios constitucionais moldando os contratos empresariais.....	294
10.6	Os contratos empresariais e a limitação voluntária das liberdades econômicas.....	294
10.7	Princípios constitucionais e seu reflexo sobre os contratos empresariais	296
10.8	Princípios constitucionais como regras de interpretação	297
10.9	Princípios constitucionais como regras gerais dos contratos empresariais	297
10.10	Ainda a questão dogmática: a força das regras gerais	298
10.11	Aplicação da regra de interpretação em favor das liberdades econômicas. Alguns exemplos concretos	298
10.11.1	A exclusividade	298
10.11.2	Vedação à concorrência na alienação de estabelecimento comercial [art. 1.147 do Código Civil] e cláusula de não concorrência [“non compete”] contratada na alienação de controle de sociedade empresarial.....	299

10.11.2.1	Função econômica e tipologia das cláusulas de não concorrência.....	299
10.11.2.2	Trespasse de estabelecimento e alienação de controle.....	301
10.11.2.3	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.....	302
10.11.3	A necessária interpretação restritiva das cláusulas de <i>non compete</i>	304
10.12	O direito de não contratar e de pôr fim à relação contratual.....	306
11.	INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS – Lacunas e atuação dos julgadores.....	311
11.1	A integração dos contratos.....	311
11.2	A solução da incompletude contratual.....	312
11.2.1	A solução da incompletude por novo acordo.....	313
11.2.2	A solução da incompletude pelos usos e costumes.....	313
11.2.3	A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro.....	314
11.2.4	A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes.....	317
11.3	Boa-fé e incompletude.....	320
	BIBLIOGRAFIA.....	325
	OUTRAS OBRAS DA AUTORA.....	347