

PAULA A. FORGIONI

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

8.^a edição
revista e atualizada

Prefácio
Natalino Irti

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camília Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Aline Pavanelli, Ana Carolina Francisco e Francisco Prado

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

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

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Michelle Kwan e Thabata Flausino de Almeida

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILIA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo 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. Forgioni. -- 8. ed.
rev. e atual. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023.

Bibliografia.
ISBN 978-65-260-0233-9

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

23-150453

CDU-347.74: 338(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos empresariais : Direito empresarial 347.74: 338(81)
Aline Grazielle Benítez - Bibliotecária - CRB-1/3129

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 [<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 a execução.....	69
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 formatação 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/self-serving bias	106
4.9.3	Hindsight bias	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	Endowment effect.....	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.....	120
5.6	Segurança e previsibilidade.....	122
5.7	Agentes econômicos “ativos e probos”	123
5.8	Egoísmo/opportunismo do agente econômico	125
5.9	O agente econômico responde a incentivos e a desincentivos	127
5.10	O agente econômico é o melhor senhor de suas próprias razões	128
5.11	Boa-fé nos contratos empresariais	129
5.12	Confiança nos contratos empresariais	138
5.13	Usos e costumes. Criação de tipos e cláusulas contratuais pela prática.....	141
	5.13.1 Globalização e usos e costumes	147
5.14	Custos de transação	149
5.15	Contratos e necessidades dos agentes econômicos.....	152
5.16	Contrato como instrumento de alocação de riscos.....	153
5.17	Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico]	155
5.18	A incompatibilidade do instituto da lesão com a dinâmica dos contratos empresariais	158
5.19	Oportunismo e vinculação.....	160
5.20	Racionalidade limitada	161
5.21	Incompletude contratual	163
5.22	Desvio de pontos controvertidos. Lacunas e ambiguidades podem ser propositais	165
5.23	Ambiente institucional	166
5.24	Tutela do crédito	167
5.25	Forma nos contratos empresariais.....	169
5.26	Contrato e informações	170
5.27	Informação e oportunismo [relação “principal/agente”]	173
5.28	Modificação do comportamento pós-contratual [<i>moral hazard</i>]	175
5.29	Aumento da dependência econômica pelo contrato.....	176
5.30	“Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”	178
5.31	Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica?	179

6. OS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO ENTRE EMPRESAS.....	187
6.1 Os contratos empresariais: além dos contratos de intercâmbio e de sociedade	187
6.2 O primeiro polo: os contratos de intercâmbio.....	189
6.3 O segundo polo: as sociedades mercantis.....	190
6.3.1 A modelagem das sociedades conforme os interesses dos agentes econômicos.....	192
6.3.2 Sociedades mercantis e a construção da responsabilidade limitada	193
6.3.3 Sociedades mercantis e a construção do princípio majoritário	195
6.4 Os contratos de colaboração não societários. A produção de novos contratos pela praxe	201
6.5 Principais características dos contratos de colaboração	203
6.6 A lógica própria aos contratos de colaboração: por que cooperar?	205
6.7 A visão dos economistas sobre os contratos de colaboração: as formas híbridas	207
6.8 A tomada de decisão nos contratos de colaboração.....	209
6.9 A incompletude inerente aos contratos de colaboração	211
6.10 Questões dogmáticas em aberto: inadimplemento nos contratos de colaboração e culpa recíproca.....	212
6.11 Segue: adimplemento suficiente	214
7. INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – MERCADO, CAUSA E FUNÇÃO ECONÔMICA DOS NEGÓCIOS. RACIONALIDADE ECONÔMICA X RACIONALIDADE JURÍDICA	217
7.1 A herança da escola exegética e o desprezo pela interpretação	217
7.2 As regras que formatam a atuação das empresas nos contratos. Regras endógenas e exógenas. Prática de mercado e interpretação dos contratos empresariais.....	220
7.3 Ainda sobre as peculiaridades da interpretação dos contratos empresariais. Princípios jurídicos próprios ao direito comercial e formatação do mercado.....	224
7.4 Causa e motivo: a necessidade de uma ótica de mercado. A importância da função econômica.....	225
7.5 Causa como vetor da interpretação contratual. Novamente a função econômica do negócio	229
7.6 A racionalidade jurídica do direito comercial e a interpretação dos contratos. Segurança e previsibilidade.....	233

7.7	Racionalidade econômica e racionalidade jurídica.....	236
7.8	A utilidade da racionalidade econômica para a racionalidade jurídica	243
8.	REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – DIRETRIZES CLÁSSICAS. REGRAS DE POTHIER, CAIRU E CÓDIGO COMERCIAL DE 1850.....	245
8.1	Interpretação da lei e interpretação dos contratos empresariais. Racionalidade e importância das regras tradicionais de interpretação	245
8.2	As regras clássicas de interpretação dos contratos empresariais inspiradas em Pothier	247
8.2.1	Intenção comum das partes.....	249
8.2.2	Interpretação pela preservação do contrato e não por sua nulidade.....	249
8.2.3	Natureza do contrato como condicionante da interpretação .	250
8.2.4	Usos e costumes e interpretação do contrato empresarial.....	250
8.2.5	Usos e costumes e integração do contrato empresarial	251
8.2.6	Coerência e harmonia das cláusulas contratuais.....	252
8.2.7	Interpretação contra o estipulante e a favor do devedor	252
8.2.8	As partes somente se vinculam àquilo que contrataram	253
8.2.9	Referência à universalidade de coisas inclui todos os seus componentes	253
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	253
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	254
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.....	256
8.4.1	“Quem percebe o cômodo, não deve recusar o incômodo” ...	258
8.4.2	“Não pode pretender lucro quem não concorreu para algum negócio com fundo, industrial, ordem, ou risco”.....	259
9.	INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O CÓDIGO CIVIL.....	261
9.1	O ponto de partida da interpretação dos contratos empresariais: seu instrumento. Instrumento e contrato. Arts. 219 e 221.....	261

9.1.1	A importância do preâmbulo do instrumento.....	264
9.2	Intenção das partes e vontade objetiva. Art. 112	264
9.3	Interpretação e boa-fé objetiva. Art. 113, <i>caput</i> e § 1º, III. Art. 422	267
9.4	Interpretação conforme os usos, costumes e práticas comerciais. Art. 113, <i>caput</i> e § 1º, II	270
9.4.1	Quais usos e costumes?	271
9.5	Interpretação e comportamento das partes. Art. 113, § 1º, I	272
9.6	Interpretação a favor do devedor/aderente e contra o estipulador. Art. 113, § 1º, IV, art. 133 e art. 423	273
9.7	Interpretação conforme a razoável negociação das partes, demais dis- posições do negócio e racionalidade econômica	275
9.8	A necessária interpretação conjunta dos incisos do § 1º do art. 113 ...	278
9.9	O estabelecimento de regras de interpretação pelas partes. Art. 113, § 2º	279
9.10	Interpretação restritiva das renúncias a direitos e dos negócios bené- ficos. Art. 114	279
9.11	Função social do contrato. Art. 421	280
9.12	Intervenção mínima do intérprete. Art. 421, parágrafo único, primei- ra parte.....	281
9.13	Possibilidade de determinação, pelas partes, de parâmetros para a in- terpretação contratual nos contratos paritários. Art. 421-A	282
9.14	Necessidade de respeito à alocação de riscos definida pelas partes	283
9.15	Excepcionalidade da revisão contratual. Art. 421, parágrafo único, segunda parte e art. 421-A, III	284
9.16	A força das presunções na interpretação dos negócios empresariais. Delimitação de cânones hermenêuticos	286
10.	INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E A CONSTITUI- ÇÃO FEDERAL – INTERPRETAÇÃO A FAVOR DA LIVRE-INICIATIVA E DA LIVRE-CONCORRÊNCIA	289
10.1	Princípios constitucionais, ordem jurídica do mercado e contratos empresariais	289
10.2	Livre iniciativa	292
10.3	Livre concorrência	295
10.4	Liberdade de contratar.....	297
10.5	Princípios constitucionais moldando os contratos empresariais.....	300
10.6	Os contratos empresariais e a limitação voluntária das liberdades eco- nômicas.....	300

10.7	Princípios constitucionais e seu reflexo sobre os contratos empresariais	302
10.8	Princípios constitucionais como regras de interpretação	303
10.9	Princípios constitucionais como regras gerais dos contratos empresariais	303
10.10	Ainda a questão dogmática: a força das regras gerais	304
10.11	Aplicação da regra de interpretação em favor das liberdades econômicas. Alguns exemplos concretos	304
10.11.1	A exclusividade	304
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.....	305
10.11.2.1	Função econômica e tipologia das cláusulas de não concorrência.....	305
10.11.2.2	Trespasse de estabelecimento e alienação de controle.....	307
10.11.2.3	Trespasse de estabelecimento e alienação de controle: diferentes disciplinas de non compete. Limitação do âmbito de aplicação do art. 1.147 do Código Civil.....	308
10.11.3	A necessária interpretação restritiva das cláusulas de non compete.....	310
10.12	O direito de não contratar e de pôr fim à relação contratual.....	312
11.	INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS – LACUNAS E ATUAÇÃO DOS JULGADORES.....	317
11.1	A integração dos contratos	317
11.2	A solução da incompletude contratual	318
11.2.1	A solução da incompletude por novo acordo.....	319
11.2.2	A solução da incompletude pelos usos e costumes.....	319
11.2.3	A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro	320
11.2.4	A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes	323
11.3	Boa-fé e incompletude	326
	BIBLIOGRAFIA	331
	OUTRAS OBRAS DA AUTORA.....	353